

LA RENCONTRE CHEZ POTHIER

DES CONCEPTIONS ROMAINE ET FÉODALE

DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 7 juin 1937, à 14 h.

PAR

Armand PIRET

Président : M. GRANDCLAUDE, Professeur

<i>Suffragants</i> }	MM. PETOT, LEVY-BRUHL.	} <i>Professeurs</i>
----------------------	---------------------------	----------------------

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1937

LA RENCONTRE CHEZ POTHIER
DES CONCEPTIONS ROMAINE ET FÉODALE
DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LA RENCONTRE CHEZ POTHIER

DES CONCEPTIONS ROMAINE ET FÉODALE

DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 7 juin 1937, à 14 h.

PAR

Armand PIRET

Président : M. GRANDCLAUDE, Professeur

<i>Suffragants</i> {	MM. PETOT, LEVY-BRUHL.	{ <i>Professeurs</i>
----------------------	---------------------------	----------------------

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1937

* 39666



AVANT-PROPOS

*« La nature et l'histoire ont choisi pour nous ;
c'est à nous de nous accommoder à elles, car il
est sûr qu'elles ne s'accommoderont pas à nous ».*

HENRI TAINÉ.

Dans le cycle des études de la Faculté de droit, les matières plus proprement juridiques nous ont davantage attiré parce qu'elles nous ont paru contenir l'essentiel de son enseignement.

Nous avons, pour notre part, très volontiers incorporé dans ces matières l'histoire des institutions de Rome et de notre ancienne France : nous ressentions vivement que notre droit positif n'était pas une construction d'un seul jet, mais une œuvre de longue haleine, trahissant notre tempérament national et les variations séculaires qui ont joué sur les principes originellement recueillis des Romains. Faut-il nous plaindre de cette contrainte du passé sur le présent ? Ce serait nous interdire de préparer l'avenir. Et puis, cette contrainte n'est-elle pas seule à nous empêcher, encore que trop rarement, de sacrifier à ce qui nous est momentanément agréable ce qui nous est profondément nécessaire ou utile ?

Nous remplissons un plaisant devoir en exprimant ici nos remerciements et notre reconnaissance à nos Maîtres de la Faculté de Droit, et tout particulièrement à M. le Professeur Grandclaude qui a bien voulu, après nous avoir donné ses précieux conseils et encouragements, nous faire l'honneur de présider notre thèse.

NOTICE SUR POTHIER

Robert-Joseph Pothier naquit à Orléans le 9 janvier 1699. Son père Robert était conseiller au présidial d'Orléans, ainsi que son grand-père Florent¹. Après avoir fait ses études au collège des Jésuites, il suivit tout naturellement la vocation familiale et entra à l'Université d'Orléans, dont la splendeur n'était plus qu'un souvenir du XV^e siècle.

Il donna entière satisfaction à ses professeurs et continua, à côté de ses études de droit, à montrer du goût pour les auteurs latins, Horace et Juvénal notamment, la géométrie et la théologie ; il devait caresser pendant quelque temps le projet de devenir chanoine, mais sa mère en conçut un vif chagrin et sa profonde affection filiale l'en détourna.

Le 31 mai 1720, Pothier, âgé de 21 ans, reçut des lettres de provision le nommant conseiller du roi, juge magistrat au bailliage et siège présidial d'Orléans, comme son père et son grand-père.

Depuis l'édit de Henri II de janvier 1551² un certain nombre de sénéchaussées et de bailliages (60) étaient érigés concurremment en présidiaux et jugeaient au civil en dernier ressort jusqu'à 250 livres tournois de capital ou 10 livres tournois de rente annuelle ; au delà, appel était porté au Parlement qui demeura d'ailleurs toujours irrité de la création de juges souverains au-dessous de lui ; sauf une courte période, de 1557 à 1566, la compétence de ces tribu-

1. Un autre Florent Pothier, leur ascendant, avait été élu maire d'Orléans en 1603. La généalogie de cette famille, de bourgeoisie orléanaise, remonte jusqu'au milieu du xv^e siècle ; elle avait ses armes, ainsi blasonnées : d'azur au chevron d'or accompagné de trois roses d'argent, tigées et feuillées d'or.

2. Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises de l'an 420 à 1789*, t. XIII, p. 248.

naux ne varia pas et elle demeura fixée à ces chiffres pendant la carrière entière de Pothier, puisqu'elle fut seulement modifiée par l'édit de Louis XVI de novembre 1774¹, l'élevant à 2.000 livres de principal et 80 livres de rente, en considération surtout de la dépréciation de la monnaie. Ils connaissaient aussi, au criminel, des cas prévôtaux.

Cette institution mécontentait également les bailliages simples qui, auparavant, relevaient directement du parlement.

Au XVIII^e siècle, elle était en décadence. La noblesse n'était conférée de plein droit qu'aux conseillers des parlements, et si les présidiaux présentèrent des mémoires au roi à ce sujet, notamment à Louis XV en 1761, ils n'obtinrent jamais gain de cause. Les gages de Pothier se montaient à 50 livres ; compte tenu des épices et des vacations, le revenu de la charge était maigre.

Nous n'en voudrions pour preuve que le « Discours sur l'état actuel de la magistrature, et sur les causes de sa décadence », prononcé à l'ouverture des audiences du bailliage d'Orléans le 15 novembre 1763 par Letrosne, avocat du roi, le même qui devait prononcer l'éloge de Pothier après sa mort. Notons toutefois qu'on se plaignait seulement de la difficulté de recrutement des magistrats, les charges ne trouvant plus d'acquéreurs. Leurs mérites n'étaient pas en discussion.

Pothier avait, par sa fortune personnelle, une entière indépendance ; il ne tenait aucun cas des grandeurs et n'avait guère qu'un vif amour des études de droit. Il chercha donc à ramener à Orléans le goût des travaux juridiques. Avec son distingué ami Prévost de la Janès, il organisa, d'abord chez celui-ci puis dans sa propre demeure une réunion hebdomadaire où se rencontrait la jeunesse des écoles, de la magistrature et du barreau.

Il commença par composer des traités pour son usage sur les matières qu'il allait examiner comme conseiller, pendant 52 ans, jusqu'à sa mort. Ayant renoncé au mariage,

1. Isambert, *Anc. lois*, t. XXIII, p. 57.

il y consacra tout son loisir. Il se mit aussi à étudier le Digeste et le commentaire de Bartole. Il sentait combien il était regrettable que l'étude du droit romain, si nécessaire pour la compréhension de nos propres lois, fût entravée par le défaut d'ordre et de méthode du recueil de l'empereur Justinien. Il chercha donc à en faire une classification raisonnée, et s'employa opiniâtement avec son esprit droit et systématique, à refondre dans un meilleur moule ces précieux monuments de la sagesse romaine, sous le signe de la clarté française.

Vers 1735 il fit part de ses essais à Prévost de la Janès, son collègue au présidial, professeur à l'Université d'Orléans. Celui-ci ne manqua pas l'occasion d'en entretenir à Paris le chancelier d'Aguesseau, chef de la magistrature, célèbre par son entreprise d'unification, par voie d'ordonnance, de l'interprétation jurisprudentielle de principes coutumiers communs ou de questions relevant du droit romain¹, et qui ne pouvait se désintéresser d'une œuvre tendant à faire un corps cohérent de l'ensemble des lois romaines.

D'Aguesseau se passionna en effet pour le travail de Pothier. Il trouva le temps d'entretenir avec lui une correspondance dans laquelle il lui fit certaines recommandations². En septembre 1736, Pothier se rendit à Paris et eut avec d'Aguesseau des conversations qui se renouvelèrent par la suite ; nous trouvons encore d'Aguesseau et Pothier réunis, avec de Bièvre, en 1742. D'Aguesseau ne cessa pas, malgré d'écrasantes occupations, de se tenir au courant des travaux de Pothier sur les Pandectes, et de lui faire parvenir ses avis. Il lui écrivit encore à ce sujet en 1745.

1. L'attachement des Français à leurs coutumes particulières, et le respect que de tout temps témoigna la royauté à celles-ci, ne permettaient pas l'unification des coutumes, la codification. Cf. H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau. Les donations et l'ordonnance de 1731*, Paris, Sirey, 1929, p. 49 et suiv., 77 et suiv. et notamment, p. 618 à 623 (relatives à la réponse à la fois ferme et mesurée de d'Aguesseau aux remontrances du Parlement de Rouen). Cette ordonnance (comme celle de 1735 sur les testaments et celle de 1747 sur les substitutions fidéicommissaires) a été une source importante du Code civil, ainsi que le montre bien le dernier chapitre de l'ouvrage précité, sur la destinée de l'ordonnance.

2. Une partie de ces lettres périt par le vandalisme révolutionnaire ; on en trouve des fragments dans les *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, publiées par Pardessus en 1819, t. XVI, p. 308 à 314.

Pothier fut aidé par Prévost de la Janès et par de Guyenne, savant et modeste avocat au Parlement de Paris qui corrigea les épreuves de ce travail de treize ans, paru de 1748 à 1752 sous le titre de *Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae, cum legibus Codicis et novellis quae jus Pandectarum confirmand, explicant et abrogant*¹.

Cet arrangement de l'immense collection des lois du Digeste est un essai considérable, par le labeur, par la patience, par la clarté et par l'érudition ; Pothier a conservé les titres du Digeste, en classant les extraits, assortis de commentaires latins méthodiques.

Entre-temps Pothier avait été nommé commissaire de la Chambre du terrier (ou domaine), établie en 1743 pour la confection du terrier de S.A.S. Monseigneur le duc d'Orléans et comte de Beaugency. Il n'aimait guère le fisc et s'entendait peu avec les receveurs et fermiers, mais cela ne l'empêcha point de garder la bienveillance de S.A.S.

Il faut signaler aussi que Pothier fut en 1746, pour trois ans, élu échevin de la ville d'Orléans par ses concitoyens et confirmé en cette fonction par S.A.S. Louis d'Orléans. Mais il ne pouvait guère consacrer de temps à cette nouvelle charge.

Son cabinet était devenu très fréquenté par les personnes en difficulté, auxquelles il donnait libéralement des consultations précieuses qui évitèrent nombre de procès.

Pothier, semble-t-il, aurait désiré une chaire de professeur de droit romain à l'Université d'Orléans. Une trop grande modestie l'empêcha de tenter le concours. Prévost de la Janès², professeur de droit français, mourut en 1749. Cette chaire était laissée à la nomination du roi. Il ne paraît pas que Pothier ait jamais aspiré à l'occuper, à telle enseigne que Guyot, ami de Pothier, lui écrivit pour obtenir son

1. Ouvrage dédié au chancelier d'Aguesseau : 3 vol. in-f°, Paris et Chartres, 1748, 1749, 1752. Il fut réédité plusieurs fois, en particulier à Lyon en 1782, 3 vol. in-f° et à Paris de 1818 à 1821, 3 vol. in-f°. Une traduction française, avec texte latin en regard, a été faite par Bréard-Neuville, revue et corrigée par Moreau de Montalin.

2. Ce magistrat nous a laissé un grand ouvrage : *Les principes de la jurisprudence française*, Paris, 1750, 2 vol. in-12, et 1759.

appui auprès de d'Aguesseau. Pothier n'osa pas intervenir, mais cette chaire fut attribuée à lui-même par lettres patentes du 20 janvier 1750. Gêné vis-à-vis de Guyot, Pothier lui offrit de partager les émoluments de cette chaire.

Pothier s'attacha dès lors à restaurer les études de droit à l'Université d'Orléans, à ranimer l'ardeur des écoliers par de savantes leçons, par des concours dotés de prix provenant de ses propres deniers¹.

Ses efforts furent couronnés de succès et peu à peu l'Université d'Orléans reprit de l'éclat.

En 1740, il avait fait imprimer un premier ouvrage, *La Coutume d'Orléans avec des observations nouvelles*, 2 volumes in-12, avec la collaboration de Prévost de la Janès et de Jousse. Désormais il se donna à fond à l'étude du droit français.

Notons en passant que Pothier n'a pas été indifférent à la querelle du jansénisme². Dès sa jeunesse il lut les essais du solitaire de Port-Royal, Pierre Nicole ; il aima ce théologien et Pascal. Or en septembre 1754 le Chapitre d'Orléans refusa d'administrer Philippe de Cougniou, chanoine de la cathédrale, janséniste récalcitrant. Le Parlement de Paris, défavorable à la bulle *Unigenitus*, rendit des arrêts pour forcer le Chapitre à administrer les sacrements, mais de Cougniou mourut entretemps. Le parlement enjoignit le 18 mars 1755 à tous les ecclésiastiques « de se renfermer à l'égard de la bulle, dans le silence général respectif et absolu » arrêt cassé et annulé par Louis XV en son conseil le 4 avril. De nouvelles difficultés surgirent entre la Sorbonne et le Parlement, et celui-ci rendit le 29 août 1755 un arrêt condamnant le Chapitre d'Orléans et plusieurs chanoines à de fortes amen-

1. Il avait créé une médaille d'or pesant 29 grammes, destinée à l'étudiant qui se serait le plus distingué en droit français, dont voici la description : à l'avvers tête de Louis XV à droite, cheveux flottants retenus par un bandeau avec l'inscription L V D. XV, Rex-Christianiss., et un M. à l'exergue ; au revers, deux rameaux liés à la base et juxtaposés à l'extrémité, entourant une croix latine tréflée surmontée de la couronne royale de France avec une fleur de lis à dextre et à sénestre, et un livre ouvert sur l'arbre de la croix.

2. Il est aussi gallican ; il tient que le pape n'a aucun pouvoir en France sur les matières temporelles, *De la possession*, n° 135 (t. IX, p. 306) ; *De la prescription*, n° 198 (t. IX, p. 386).

des, bannissant trois chanoines à perpétuité, obligeant en outre le Chapitre à fonder un service et à élever un monument funèbre dans une église d'Orléans, à la mémoire du chanoine de Cougniou. Pothier en tant que magistrat participa à l'exécution de ces décisions ; il le fit, certes, parce que c'était le devoir de sa fonction, mais sûrement aussi de bon cœur, à cause de ses sympathies pour Port-Royal. Une tâche plus désagréable l'attendait, après les trois arrêts du Parlement de Paris de septembre 1761 ordonnant l'expulsion des Jésuites : le sursis jusqu'au 1^{er} avril 1762, accordé par le roi, étant expiré, Pothier dut agir au présidial d'Orléans en vue de leur exécution. Il lui en coûta certainement beaucoup d'expulser ainsi ses premiers maîtres.

Mais reprenons la vie de Pothier au moment où il se consacra uniquement à l'étude du droit français. En 1760 il publia *Les coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux, avec une introduction générale auxdites coutumes et des introductions particulières à la tête de chaque titre, etc.*, en 2 volumes in-12 (nouvelle édition en 1762).

Ses traités parurent ensuite régulièrement.

En 1761 : *Traité sur les obligations*, 2 volumes in-12, réimprimés en 1764 avec des augmentations.

En 1762 : *Traité du contrat de vente*, et *Traité des retraits pour servir d'appendice au Traité du contrat de vente*, 3 volumes in-12, réédités en 1765.

En 1763 : *Traité du contrat de constitution de rente* et *Traité du contrat de change, de la négociation qui se fait par les lettres de change, des billets de change et autres billets de commerce*, 1 volume in-12.

En 1764 : *Traité du contrat de louage* et *Traité du contrat de bail à rente*, 1 volume in-12.

En 1765 : *Supplément au traité du contrat de louage*, ou *Traité des contrats de louage maritimes*, avec le *Traité du contrat de société*, et le *Traité des cheptels*, 1 volume in-12.

En 1766 et 1767 : *Traité des contrats de bienfaisance*, *Traité du prêt à usage et du précaire*, *Traité du contrat de prêt de consommation*, *Traité du contrat de dépôt et de mandat*, *Traité du contrat de nantissement*, *Traité des contrats aléatoires*, 3 volumes in-12.

En 1768 : *Traité du contrat de mariage*, 2 volumes in-12 réédités en 1813.

En 1769 : *Traité de la communauté*, 2 volumes in-12.

En 1770 : *Traité du douaire*, 1 volume in-12.

En 1771 : *Traité du droit d'habitation*, *Traité des donations entre mari et femme*, *Traité du don manuel*, 1 volume in-12.

En 1771 et 1772 : *Traité du droit de domaine de propriété*, auquel est joint un *Traité du droit de possession*, 2 volumes in-12.

Enfin il avait préparé, à des degrés divers, d'autres traités, en particulier sur les fiefs, censives, relevoisons et champarts, qui furent pour la plupart publiés après sa mort, de 1776 à 1778, à Orléans, par le professeur Guyot, en 8 volumes in-12¹ ou 4 volumes in-quarto en 1781.

En effet Pothier siégea pour la dernière fois au présidial d'Orléans le 19 février 1772, et il décéda le 2 mars, après avoir été conseiller pendant 52 ans.

Il laissa une fortune estimée à 167.703 livres² sensiblement égale à celle qu'il avait reçue de sa famille comprenant deux maisons avec un mobilier de ville et de campagne, un peu d'espèces, quelques rentes foncières, 4 métairies, 4 petites maisons, des prairies, vignes, pièces de terre, une censive, trois boutiques de boucher, ainsi qu'un office d'archer-huissier en la lieutenance criminelle de robe courte du duché d'Orléans (dont la fonction était remplie par un nommé Arard).

Ses œuvres complètes de droit français ont été éditées par Siffrein en 19 volumes in-8° de 1820 à 1824, par Dupin en 11 volumes in-8° de 1823 à 1825, par Rogron en 2 volumes gr. in-8° en 1826 et par Bugnet en 11 volumes (avec la table) in-8° de 1861 à 1862.

Pour apprécier justement Pothier, il faut considérer

1. *Traité des fiefs*, 1776 ; *Traité du contrat à la grosse, de la garde noble et bourgeoise, des successions, des propres et donations par testament*, 1777 ; *Traité des donations entre vifs, de la procédure civile et criminelle*, 1778. Certains ne sont guère que des esquisses.

2. Sa succession fut répartie entre 26 héritiers au huitième degré du côté paternel et 25 héritiers au septième degré du côté maternel.

successivement en lui l'homme privé, le magistrat, le professeur, le jurisconsulte.

Il fut simple, naïf même, complaisant, scrupuleux, extrêmement charitable¹ et désintéressé, d'une parfaite pureté de mœurs et d'une grande piété, dépourvu d'ambition. Letrosne l'a comparé par certains aspects à La Fontaine². Il n'aimait pas les encyclopédistes. Tous les ans il se retirait pendant les vacances à la campagne, à Chaingy puis à Luz.

Dans sa fonction de conseiller au présidial³ il montra une intégrité absolue, une scrupuleuse volonté de connaître minutieusement les affaires, un jugement sûr et une constante fermeté. Il n'était pas insensible, et évitait les causes criminelles où il fallait donner la question, qui consistait à Orléans, en l'extension des membres et l'application d'eau froide.

Comme nous l'avons rappelé plus haut, le professeur Pothier s'attacha à donner aux études de droit un tour animé, ardent même, en proposant des « Cas », en organisant des compétitions et il réussit pleinement à rendre à l'Université d'Orléans une part de son ancienne splendeur. Il forma ainsi des recrues d'élite pour le barreau et la magistrature.

Il fut enfin un des plus célèbres jurisconsultes français ; aux yeux de beaucoup il occupe le premier rang parmi ceux du XVIII^e siècle, et c'est là son principal titre de gloire. En dehors de son grand ouvrage sur les Pandectes, ses traités de droit français lui ont assuré cette place. Mais il n'eût certainement pas la science ni le génie de ses prédécesseurs, Cujas, d'Argentré, du Moulin. Il fut surtout entraîné par un goût dominant du bon et du juste ; rassemblant ce que les lois et coutumes contenaient de positif, il le considérerait ensuite pour l'ordonner en honnête homme, par rapport à une espèce de droit naturel, ou eu égard aux règles élémen-

1. On trouva dans ses papiers des reconnaissances de dette au nombre de 40, s'élevant à 19.305 livres 12 s. 7 d.

2. Letrosne, *Eloge de Pothier*, p. 140.

3. Il présida fréquemment comme doyen d'âge à partir de 1754 ; il détestait les bavards.

taires de la morale¹. Il fondait ainsi ses solutions en développant les conséquences découlant des notions universelles du juste et de l'injuste.

Ce caractère distinctif de son œuvre en fit, après la Révolution, une des principales ressources des législateurs, qui cherchaient une base pour unifier les droits si divers de nos provinces. Bien souvent même ses propres expressions ont été reproduites par le Code civil notamment dans le *Titre des obligations et des contrats*, un des mieux venus². Il avait tellement simplifié et clarifié que ses vues étaient adoptées d'emblée, et son tour d'esprit classique en imposait même aux tenants du grand mouvement philosophique du XVIII^e siècle, auquel il était pourtant demeuré si complètement étranger.

Le « bon Pothier » comme on se plaît à l'appeler en songeant en même temps à ses vertus d'homme de loi et de personne privée³, après avoir été artisan posthume du Code civil, resta par ses écrits un précieux commentateur, et devint une haute autorité pour les plaideurs⁴.

1. Souvent il manifeste son système jusque dans l'intitulé de ses ouvrages : *Traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur* (de même pour les traités du contrat de louage, du contrat de société). On peut voir notamment à propos de la vente avec quelle sévérité et quelle minutie il examine quel est le juste prix, avec l'aide de saint Thomas (*Du contrat de vente*, n^{os} 242 à 249, t. III, p. 99 à 103).

2. Bigot du Préameneu, dans l'*Exposé des motifs du titre des contrats* devant le Conseil d'Etat (séance du 6 pluviôse an XII, 27 janvier 1804) et Favard dans son rapport (13 pluviôse, 3 février), se réfèrent nommément à Pothier et à Domat.

3. « *Doctrina et moribus praestitit* », *Eloge de Pothier*, par Breton de Mont-ramier.

4. « Pothier fournira toujours le plus sûr commentaire du Code civil, qui peut-être devrait porter son nom », F. Berriat Saint-Prix, *Manuel de logique juridique*, n^o 97 (4^e éd., p. 65).

ECRITS ANCIENS RELATIFS A POTHIER

Eloge de Pothier, par JOUSSE, en tête du *Traité de la possession*, 1772.

Eloge de Pothier, par LECONTE DE BIÈVRE, procureur du roi à Romorantin, 24 pages in-12, Orléans, 1772.

Eloge de Pothier, par Antoine BRETON, in-8, Orléans, 1773.

Eloge historique de Pothier, par LETROSNE, avocat du roi au présidial d'Orléans, 1 vol. in-12, 1773¹.

Etude sur Pothier, par BOSCHERON, 1 vol. in-8°, Orléans, 1823.

Notice sur Pothier, par DUPIN jeune, dans *La Galerie Française*, 1823.

Dissertation sur la vie et les ouvrages de Pothier, par DUPIN, in-12, 1825 (et en tête de l'édition des *Œuvres de Pothier*, parue en 1825).

Discours sur Pothier, par Henri BUSSON, prononcé le 15 décembre 1849, à la séance d'ouverture des conférences de l'Ordre des avocats de Paris, in-8°, 1850.

Recherches historiques et biographiques sur Pothier, par FRÉMONT, publiées à l'occasion de l'érection à Orléans de la statue de Pothier, in-8°, Orléans et Tours, 1859.

Notice sur Pothier, par VERGNAUD-ROMAGNESI, in-8°, 1859.

Notice sur Pothier, par le président DE LA PLACE DE MONTEVRAÏ, dans la *Biographie Universelle* de MICHAUD, t. XXXV.

1. Cet éloge est reproduit en-tête de l'édition Bugnet (t. II, p. XXVII), précédé d'une *Oratio de laudibus antecessoris doctrina et moribus praestantissimi*, datée du 20 novembre 1772, par Robert de Massy.

INTRODUCTION

Alors que chez les Romains un système unitaire, absolutiste et individualiste de propriété s'était établi, le système féodal a opéré, dans notre ancien droit, une disjonction complète du droit de propriété, qui s'est décomposé à l'extrême, dans des conditions variant avec les multiples dispositions coutumières. Dans le Code civil, la conception romaine réapparaît. C'est l'aboutissement de la législation révolutionnaire abolitive de la féodalité. Mais le mouvement avait été amorcé bien auparavant, semble-t-il, et beaucoup d'auteurs tendent même à affirmer que l'évolution doctrinale était déjà très avancée, voire achevée à la veille de la Révolution de 1789.

Aussi doit-il être intéressant de rechercher l'attitude véritable qu'a prise sur la question Pothier, magistrat, jurisconsulte, professeur de droit français, nouvel ordonnateur du *Corpus juris civilis*, auteur de copieux traités de droit français, et artisan posthume du Code civil, dans beaucoup de ses décisions.

Le domaine de notre étude sera limité. Tout d'abord, nous ne nous occuperons que de la propriété foncière, autrefois si prépondérante, pour des raisons valables encore partiellement aujourd'hui. Nous laisserons ensuite de côté ce qui concerne la propriété de la couronne, de l'Eglise, des communes. Enfin, à l'égard de la propriété foncière privée, nous ne nous attacherons pas à l'emprise familiale sur les biens; nous retrouverons une forte opposition entre les idées romaines et celles de nos aïeux, et il va de soi que tout droit permanent, futur ou éventuel accordé à la famille sur le patrimoine de ses membres est une atteinte au droit

personnel ; par conséquent l'existence même et l'importance du pouvoir actuel ou potentiel de la famille sur les biens sont d'extrême conséquence quand on scrute la valeur du droit positif de propriété dans une société déterminée, notamment quand on recherche jusqu'à quel point il est absolu et exclusif. Mais si nous entreprenions d'étendre nos considérations à cet aspect, le champ de nos réflexions s'en trouverait beaucoup trop élargi.

Nous commencerons par rappeler brièvement, dans une première partie, comment se posait le problème pour Pothier, en évoquant : la conception romaine ; le système féodal primitif ; la complication pratique de notre ancien régime foncier par l'évolution de la féodalité, la survivance de la propriété romaine et des types romains d'amodiation, et la diversité des droits réels ; l'effort de construction doctrinale qui s'est traduit par le système des deux domaines et la saisine.

Dans une seconde partie nous suivrons Pothier dans l'examen des institutions, en adoptant l'ordre que voici : l'alleu, le fief, la censive et le champart ; les tenures à long terme non féodales ; la rente foncière ; matières diverses ; la doctrine générale de la propriété, de la possession et de leurs accessoires.

Enfin nous formulerons la conclusion de notre étude de la doctrine de Pothier et nous montrerons l'argument que l'on peut en tirer quant à la nature de l'œuvre révolutionnaire qui a abouti au Code civil.

PREMIÈRE PARTIE

Le problème posé devant Pothier

PRÉAMBULE

L'obligation est un rapport juridique entre des personnes déterminées astreignant l'une, le débiteur, à une prestation au profit de l'autre, le créancier. Le droit réel est un rapport juridique entre le titulaire et toutes les autres personnes astreignant celles-ci à respecter le pouvoir de celui-là sur une chose¹. Le rôle de ces sujets passifs est donc ici de second plan, et l'on accepte, facilement, en retenant ces apparences bien différentes, de diviser le patrimoine en droits de créance ou personnels, et en droits réels. Les Romains ne se sont pas occupés théoriquement de ce classement, mais, les droits aboutissant aux actions, leur procédure témoigne de son utilité puisqu'ils ont été amenés à distinguer l'*actio in personam* de l'*actio in rem*, d'une manière empirique : le nom du débiteur était forcément mentionné à côté de celui du créancier dans l'*intentio* de la formule délivrée à ce dernier par le prêteur : « *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere* » tandis que le nom du titulaire du droit réel figurait seul dans la formule qui lui était donnée : « *Si paret rem A. Agerii esse ex jure quiritium ...* ».

Les éléments composant le patrimoine peuvent donc être ainsi séparés en deux groupes, les droits réels et les droits de créance ; les premiers s'exercent immédiatement sur les choses, les seconds par l'intervention d'une personne et disparaissent d'ailleurs pour faire place à des droits réels.

1. Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, 4^e éd., 1869-1878, t. II, n° 172), préfèrent trouver dans le droit réel un rapport immédiat entre une personne et une chose, opposable à toute autre personne. Cette idée nous paraît presque aussi satisfaisante que celle d'obligation passive universelle, moins concrète.

Cette distinction est accompagnée de plusieurs conséquences théoriques : les droits réels sont absolus, en ce qu'ils sont opposables à tout le monde, et sont assortis de droits de suite et de droits de préférence, alors que les droits de créance sont simplement relatifs à une personne.

Attachons-nous seulement aux droits réels.

Les civilistes du XIX^e siècle basent leur doctrine sur l'article 544 du Code civil. Selon eux, le droit de propriété peut être défini : « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une façon absolue et exclusive, à l'action et à la volonté d'une personne »¹. Mais le propriétaire peut se dépouiller au profit d'autres personnes de telle ou telle de ses prérogatives. C'est un autre titulaire qui usera de la chose dans des conditions déterminées, aura sur elle un usufruit (servitudes personnelles) on en retirera une certaine utilité par rapport à une autre chose (servitudes dites réelles), ou enfin disposera de cette chose à titre de garantie d'un droit de créance (sûretés réelles)².

La puissance du propriétaire est alors très amoindrie, à des degrés et pour des temps différents ; mais, quoique la chose échappe à sa maîtrise, elle garde pour lui une valeur présente ou future ; il peut en disposer, non pas en la détruisant matériellement, mais en la transférant dans un autre patrimoine. Sa situation n'est plus la même qu'auparavant, et cependant on continue à l'appeler propriétaire ou nu-propriétaire, parce qu'il garde un pouvoir suprême sur la chose. Ses mains ont perdu une partie du faisceau des attributs du propriétaire, mais en conservent assez pour que demeure la caractéristique du droit de propriété. Il en serait encore ainsi même dans le cas d'inaliénabilité : la simple expectative de recouvrer pour de bon tous les attributs de

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., 1869-1878, t. II, n° 190. C'est la définition de Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, n° 205 et suiv.

2. Nous n'abordons pas le point de savoir si cette dernière catégorie de droits réels, de gage ou d'hypothèque, peut être considérée comme incluse dans le droit de propriété, à proprement parler. La question a été débattue. On conteste qu'une chose soit susceptible d'être frappée d'hypothèque au profit de son propriétaire ; nous nous contenterons d'observer que les droits réels accessoires à des droits de créance tendent à permettre à quelqu'un d'exercer les attributs du propriétaire, ou d'en entraver l'exercice.

la propriété retient le nom de propriété, qui ne passe pas à ceux qui en retirent temporairement ou partiellement l'utilité.

La plupart des auteurs continuent donc de considérer le droit de propriété comme renfermant les droits réels principaux et se décomposant essentiellement en *usus*, *fructus* et *abusus*. Le démembrement laisse un propriétaire¹ dépouillé, mais propriétaire tout de même.

Quelques auteurs se sont tout de même élevés contre cette conception qui fait du droit de propriété la somme des droits réels (divisible) et préfèrent y voir un rapport indivisible et absolu, indépendant des pouvoirs qui peuvent appartenir à d'autres sur la chose².

Quoiqu'il en soit, la théorie juridique qui donne au droit de propriété, malgré quelques restrictions, une forme simple, pleine et unique, a prévalu à l'époque classique du droit romain, comme nous allons le voir, et se retrouve dans notre Code civil. Elle correspond à des tendances individualistes³ et elle peut se trouver à contrefil avec certaines considérations générales ou nécessités sociales. Il en a été ainsi notamment dans notre ancien droit, car elle a été abandonnée au cours de l'évolution du régime féodal : c'est assez dire qu'elle ne s'impose pas à l'esprit⁴. Et de nos jours elle est tout à fait discutée ; le principe individualiste de l'article 544 du Code civil est très émoussé. Dans le domaine des faits, les rapports entre voisins, la question du bien de famille, des

1. Colin et Capitant, *Cours de droit civil français*, 7^e éd., t. I, p. 783 et suiv. ; Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, 1^{re} éd., t. I, n^{os} 1836 et 1852 ; Baudry-Lacantinerie (et Chauveau), t. VI, *Des biens*, n^o 195 et suiv. ; Planiol et Ripert, t. III, *Les biens*, p. 215 et suiv. ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, indique au n^o 2332 que la caractéristique essentielle du droit de propriété serait la faculté de détruire matériellement la chose ou d'en transformer la substance, et précise sous le n^o 2337, note 1, que la faculté d'en disposer juridiquement n'est pas particulière au droit de propriété.

2. De Vareilles-Sommières, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, *La définition et la notion juridique de la propriété*, p. 443 à 495 ; Masson, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du moyen-âge et dans le droit français*, Dijon, 1933, p. 197 à 204.

3. Il ne saurait être question ici de la justification philosophique, économique ou pratique du droit de propriété.

4. L'histoire du droit et le droit comparé (Angleterre, Soviets) démontrent amplement que cette conception n'a pas le caractère universel.

loyers de locaux à usage d'habitation, celles de la propriété commerciale et de la propriété agricole, ont posé des problèmes pratiques dont le juge et le législateur n'ont pu se détourner. En doctrine, on tend à considérer la propriété sous l'aspect de fonction sociale¹.

Afin de préparer l'examen de la position prise par Pothier, nous allons donc rappeler successivement la conception romaine, la conception féodale, la complication pratique de notre régime foncier ancien et l'effort doctrinal de conciliation qui s'est traduit par le système des deux domaines.

A. — La conception romaine

Les formes de la propriété foncière ont varié selon les époques de l'histoire de Rome, et lorsqu'on se réfère à la conception romaine, on retient particulièrement un état, abstraction faite des autres.

Aux origines, il est certain que la propriété foncière² y présentait un caractère collectif³, quoiqu'en ait dit Fustel de Coulanges, et ensuite familial⁴.

La famille était fondée uniquement sur la puissance despotique du *paterfamilias*; c'était une agrégation dans laquelle tout se concentrait sur la personne du chef, seul maître, qui exerçait ce pouvoir illimité indéfiniment jusqu'à sa mort.

1. M. Coste-Floret, dans son ouvrage *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, Paris, Sirey, 1935, rappelle les théories de Duguitt, de M. Gurvitch, de M. Ripert, et la doctrine chrétienne et tente une nouvelle construction positive du droit de propriété. Ces efforts répondent à de nouvelles nécessités sociales qu'il serait vain de nier. Pourquoi le Droit se figerait-il sur les données de circonstance de la vie d'un peuple et d'une civilisation ? Si l'on ne réforme pas les lois à temps, l'accumulation de la tâche appelle une révolution.

2. Les Romains pratiquaient déjà la propriété individuelle pour les objets mobiliers : « *Maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent* », Gaius, *Commentaire* IV, 16. *Mancipium* = *manu captum*.

3. Selon Lactance, il était impie de placer des bornes dans les champs. C'est un souvenir de l'époque primitive. Il est hors de doute que la *gens* avait un patrimoine.

4. Voir de Laveleye, *La propriété et ses formes primitives*, et Bonfante, *Histoire du droit romain*, trad. Carrère, Paris, 1928, p. 194 et suiv.

Le *dominium* devint l'expression de la *patria potestas*, du pouvoir général du père de famille appliqué aux choses. A ce moment tous les attributs étaient compris dans l'idée de *dominium*, de *patria potestas*, de *manus*, puissance légitime du père de famille, et ils étaient protégés par la *mos majorum* au même titre que les droits de famille ou les droits résultant des contrats ou des délits qui avaient tous quelque chose de réel par l'action directe du titulaire sur l'assujetti, analogue à celle sur la chose. Par conséquent il s'agit déjà ici d'une forme simple, absolue du droit de propriété, bien qu'il se détache moins des autres droits. La protection de la possession qui est la puissance de fait, sinon juridique, sur la chose ne porte pas atteinte à cet ensemble, puisque cette puissance de fait, dans l'ignorance et dans le doute où l'on se trouve de son bien fondé juridique, est en quelque sorte présumée légitime. Peu à peu les obligations, la *patria potestas* et la *manus* se sont différenciées du *dominium*, en perdant de leur force d'ailleurs, et le *dominium* n'a plus concerné que la propriété proprement dite, englobant les droits réels.

Cette propriété familiale résulta soit de l'occupation, soit du partage de l'*ager gentilicius*, soit de la conquête collective suivie de répartition par l'Etat aux citoyens.

En effet il y eut toujours, hors de l'*ager romanus*, par l'effet de l'expansion, un *ager publicus* important.

Une partie de celui-ci pouvait être vendue aux particuliers par les questeurs (*ager quaestorius*) ou distribuée par tête à titre gratuit (*ager viritanus*), ou lotie en vue de la fondation d'une colonie (*ager divisus et adsignatus*). Ces champs étaient alors arpentés et délimités (*limitati*). L'autre partie continuait d'appartenir à l'Etat, étant occupée par des citoyens à qui la jouissance en était concédée (*ager occupatorius*). L'aristocratie concentra en fait dans ses mains ce dernier, dont la propriété demeurait à l'Etat, imprescriptible ; mais périodiquement des lois agraires ou des ventes publiques en firent passer une partie dans l'*ager privatus*. Néanmoins la jouissance (*usus possessio*) des parcelles de l'*ager publicus* acquit de la force par le temps et par la

crainte de troubles politiques en cas de bouleversements ; les patriciens réussirent même à obtenir des locations indéfinies.

Ces terres publiques furent disputées et si, après diverses péripéties, les lois liciniennes, en l'an de Rome 387 furent favorables à la plèbe, il arriva fatalement que les nouvelles conquêtes furent accaparées par les riches, dont l'influence succéda à celle des nobles ; et les luttes reprirent, marquées notamment par l'effort des frères Gracques pour limiter les possessions sur l'*ager publicus* à 500 *jugera*, plus 250 autres par enfant. Cette distribution du domaine collectif du peuple romain et sa reconstitution continuelle par les conquêtes sont notables.

Cependant le *jus quiritium* demeurait jalousement réservé et le sol de l'Italie ne pouvait faire l'objet du domaine quiritaire.

Quelle était donc la conception qu'on s'en faisait ? Les glossateurs ont vu plus tard trois éléments dans le droit de propriété réunis dans la main du *paterfamilias* : le *jus utendi*, droit de se servir de la chose, d'une façon renouvelable (vivre dans une habitation, par exemple), le *jus fruendi*, droit d'en recueillir les fruits (produits des cultures ou loyers) et le *jus abutendi*¹, droit de la démembrer, de l'aliéner et de la détruire. Les Romains n'ont pas employé ces expressions, mais ils ont bien discerné *usus*, *fructus* et *abusus*.

Ces trois attributs, réunis ainsi dans la même main, constituent le *dominium*, véritable souveraineté individuelle : c'est la plus complète disposition sur la chose, le droit réel intégral.

Nous touchons donc ici la conception d'un droit de propriété absolu, exclusif, perpétuel. Il peut être démembré et les attributs seront alors séparés², mais l'élément le plus

1. Le *jus abutendi* n'est pas l'abus, mais il cause la suppression partielle ou totale de la jouissance : « *ea sunt inter se contraria* », Cicéron, *Topiques*, 3. *Abutere* nous paraît en cette matière mieux traduit par *épuiser* que par *abuser*.

2. Ulpien voit bien dans la propriété l'ensemble des droits sur la chose : « *qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatim non habet* » (5, *pr. Dig.*, *Si usuf. pet.*, VII, 6).

important est le *jus abutendi*, et son titulaire a toujours la propriété, quoique restreinte, *nuda*, les titulaires des autres attributs ne pouvant qu'user ou jouir de la chose d'autrui. Cette conception arriva à confondre le droit de propriété avec la chose, à en faire une chose corporelle, et à lui opposer les autres droits, choses incorporelles.

Les trois caractères d'absolutisme, d'exclusivisme et de perpétuité, qui montrent la conformité du *dominium* à la conception théorique de notre préambule sont bien marqués et ne comportent que des restrictions de détail imposées par la réalité aux données rationnelles.

Cette propriété se présente comme absolue dans toute l'étendue du terme ; le *dominus* en retire tous les avantages, y compris la faculté de la transmettre : il peut bâtir, empêcher le passage sur son fonds, le clore, y planter, avec quelques limitations indispensables en vue de l'intérêt des voisins¹.

L'exclusivisme est également très net : ces droits compètent au *dominus* seul. Les démembrements, s'il y en a, lui donnent une situation diminuée, mais ils proviennent soit de ses actes (ou de ceux de ses prédécesseurs) soit de nécessités matérielles ou sociales, le droit d'appropriation théorique rencontrant dans son expansion individualiste poussée à fond non pas une limitation mais de menus obstacles. Il en est ainsi de certaines servitudes, qui sont en somme des sujétions naturelles ou des mesures de police prises pour l'utilité des usagers ; qu'il faille assurer une issue aux fonds, laisser s'écouler les eaux sont des besoins auxquels il appartient à une société, même individualiste, de répondre, faute de quoi elle tomberait dans l'anarchie.

La perpétuité du *dominium* apparaît bien : les droits de créance s'éteignent rapidement, alors que le droit de propriété tout en étant transmissible, subsiste aussi longtemps que la chose elle-même : un *paterfamilias* succède à l'autre, un acquéreur prend la place du vendeur etc. Les Romains

1. Elles figurent dans les XII Tables (Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., 1924, p. 268).

poussant les principes dans leurs conséquences les plus extrêmes, jusqu'à l'exagération, arrivaient même à deux résultats qui donnent à leur droit un tour original, alors qu'il est seulement d'une trop grande logique. D'une part la volonté seule du *dominus* ne suffisait pas à transférer la propriété : il fallait un acte légal, extérieur et matériel solennellement accompli. D'autre part la condition résolutoire n'était pas admise non plus : *dominium ad tempus transferri nequit*.

La force de ce droit de propriété le confondit avec la chose elle-même ; cette espèce d'absorption matérielle fit que les Romains opposèrent les choses corporelles, propriété jointe, aux choses incorporelles comprenant dès lors tous les autres droits de créance et droits réels autres que le droit de propriété. L'opposition de ces éléments tangibles et non tangibles correspondait d'ailleurs à certaines idées émises par les philosophes, ou tout au moins à leur vocabulaire, et se traduisait aussi par des modes spéciaux d'acquérir.

La division des *res corporales* et des *res incorporales* n'empêchait pas la séparation, que nous avons indiquée dans notre préambule, des droits personnels de créance et des droits réels, exprimée tout au moins en matière de procédure¹.

La capacité des personnes d'être propriétaire quiritaire s'étendit peu à peu, et les choses susceptibles d'être objet du *dominium ex jure quiritium* devinrent aussi plus nombreuses ; les fonds que l'on pouvait s'approprier n'offrirent plus la même rareté relative. Les privilèges de la cité, dont Rome était si jalouse, furent octroyés à d'autres villes. Des concessions graduelles admirent des territoires nouveaux à l'application du *jus civile*. Le régime de l'*ager romanus*² gagna le sol des colonies romaines ou latines, de la plupart des villes du Latium et des villes alliées de l'Italie, et il se constitua ainsi un *jus italicum*, qui devait s'opposer plus tard à la condition du sol provincial.

1. M. Monier a montré parfaitement, dans son examen des actions, la révélation grammaticale de cette séparation (*intentio in rem, intentio in personam*), *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, 1935.

2. Comportant l'exemption du *vectigal*.

Et le droit romain arrive ainsi à une autre époque, devenant plus complexe en notre matière. Au moment des XII Tables on était propriétaire *ex jure quiritium* ou on ne l'était point ; ce *dominium* était jalousement gardé et difficilement acquis. Mais les conquêtes et une civilisation d'importation amènent un mouvement des esprits ; l'on commence à parler de ce fameux *jus naturale* que Cicéron définissait en assemblée publique : « *Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna* ». Cette loi vraie, rationnelle, conforme à la nature, universelle, éternelle provoque la décadence en fait de la vieille législation civile à côté de laquelle va grandir le droit prétorien, plus souple. L'équité devient le fondement du droit¹. Cet élément spirituel de stoïcisme modifia le droit civil et se manifesta fortement sur le droit de propriété, dont la base sera recherchée moins dans les traditions aristocratiques et patriarcales de la cité, que dans la prétendue sagesse humaine naturelle².

Désormais, la seule tradition eût presque la même force que les aliénations quiritaires, et l'on vit se décomposer la propriété, le vieux droit demeurant et la loi sanctionnant l'appropriation de fait et l'investissant de privilèges juridiques. Et nous arrivons à ce mot étonnant de Gaius : « *apud romanos, duplex dominium ...* »³. L'antique *dominium ex jure quiritium* subsiste en droit pur, rigoriste, à côté d'une propriété naturelle, du droit des gens, qui ne porte pas dans les textes de nom légal⁴, et qu'on désigne par une périphrase lumineuse, *in bonis habere*, avoir dans ses biens. Cette consécration de deux propriétés n'est pas une œuvre législative, c'est une conciliation du respect dû aux lois anciennes, avec les tendances nouvelles. Le préteur trouva inique que

1. « *Jus enim semper quaesitum est aequum, neque aliter jus esset* », Cicéron, *De officiis*, L. II, Voir aussi *De republica*, L. I.

2. « *Quam est hic fortunatus putandus cui soli vere liceat omnia, non quiritium sed sapientium jure pro suis vindicare, nec civili nexu, sed communi lege naturae !* », Cicéron, *De republica*, L. I, XVII. V. aussi l'opposition faite plus tard par Théophile entre la φυσική δεσποτεία, et ἐνωμος δεσποτεία.

3. Gaius, I, 54, 167. V. aussi, II, 40, 88.

4. Gaius, IV, 104.

celui qui avait fait tradition d'une chose *mancipi*, pût revenir sur sa volonté, déjà exécutée, tant qu'il n'y avait pas prescription acquisitive. Le *tradens* garde la propriété romaine et l'acquéreur a la propriété *in bonis*. Cette scission alla en s'élargissant à d'autres modes d'acquisition à titre universel ou particulier, toutes les fois que le moyen par lequel on obtenait une chose n'était pas légal, conforme aux règles strictes du droit civil.

On aboutit de la sorte à une conception disjonctive de la propriété. Quelle peut être l'essence intime de cette nouvelle propriété prétorienne ? Par plusieurs aspects, elle était inférieure au *dominium*. Tout d'abord celui-ci n'était pas anéanti, point capital, puisque le titre de *dominus* restait à celui qui légalement devait être maître de la chose ; l'innovation des prêteurs, aussi hardie qu'ingénieuse, laissait donc encore forcément des privilèges au *dominus* : la *rei vindicatio*, action réelle civile sanctionnant son droit restait entre ses mains efficace contre les tiers (non naturellement contre le propriétaire qui a la chose *in bonis*). Ensuite le propriétaire bonitaire ne peut pour aliéner employer les modes quiritaires (*mancipatio*, *cessio in jure*) : il n'a à sa disposition que la tradition. Enfin il ne peut agir pour défendre son droit par les moyens civils : on a du créer pour lui successivement des exceptions de défense, des interdicts possessoires et enfin tout de même une action réelle prétorienne dite publicienne¹ et *utilis*, extension de la *rei vindicatio*, par fiction de l'usucapion, déjà employée pour secourir le possesseur de bonne foi à qui le temps seul fait défaut pour arriver à la propriété. En pratique l'action publicienne aboutit à peu près aux mêmes résultats que la revendication contre les tiers. On voit même les propriétaires quiritaires recourir à la publicienne, pour éviter la difficulté de preuve du *dominium*. Et selon les espèces, à l'aide d'exceptions convenables, elle jouera même contre le *dominus*.

Les droits qui résultent de cette nouvelle institution présentent une importance considérable, avec un caractère

1. Gaius, IV, 36.

efficace, puisqu'ils sont munis de moyens de défense énergiques, qu'ils procurent la jouissance de la chose, tous les attributs appréciables, utiles, du *dominium*, et confèrent de plus la faculté d'acquérir celui-ci au bout d'un certain temps de possession, et même, point capital, la puissance d'empêcher les troubles du propriétaire quiritaire.

Après l'usucapion, le nouveau titulaire avait l'avantage des deux propriétés réunies : toutes les actions lui compétaient.

Par cette scission, l'ancien *dominium* diminuait donc grandement de valeur, et l'apparition de cette propriété *in bonis* fut un phénomène important dans l'histoire de la propriété à Rome.

Les textes du Digeste en font une propriété véritable. Et jusqu'à la fusion complète de Justinien deux droits coexistent, visant au même but, mais reposant sur des bases différentes.

Territorialement, l'*ager privatus* fut étendu à toute l'Italie à la suite de la guerre sociale. Le *jus italicum* fut souvent concédé aux provinces ; mais généralement Rome gardait la propriété du sol qu'elle laissait en simple possession, en usufruit, aux habitants¹. Cet *ager provincialis* fut bientôt couvert de la protection prétorienne, et la distinction entre la propriété quiritaire et la propriété provinciale devenue surtout nominale ou fiscale², disparaît sous Justinien.

A l'époque de Justinien le domaine quiritaire est en fait privé de toute importance, et la désuétude de la procédure formulaire a confondu l'action en revendication et l'action publicienne. Justinien abolit cette dualité *antiquae subtilitatis ludibrium*³ et ne garde que la tradition comme mode d'aliénation : il n'y a plus qu'un droit de propriété *plena in re potestas*⁴ et nous sommes ainsi revenu à une conception simple et unitaire.

1. « *In eo solo, dominium populi romani est vel Caesaris, hos autem possessionem tantum et usufructum habere videmur* », Gaius, II, 7.

2. La mesure de Caracalla ne s'applique pas aux immeubles.

3. Code, L. VII, t. XXV, loi 1 de *nudo jure quiritium tollendo* ; *Inst.*, L. II, t. I, 40.

4. *Inst.*, L. II, t. IV, 4 et L. II, t. I, 40.

Par contre au Bas-Empire apparaissent des locations perpétuelles ou de longue durée, d'une grande importance. L'immense domaine impérial remplace les biens de la république, et il est mis en valeur au moyen de formules nouvelles. On créa le *jus privatum salvo canone*, sorte de vente (prohibée par l'Empereur Zénon) rendant propriétaire moyennant une prestation périodique, le canon, et le *jus perpetuum*, attribuant seulement la jouissance, en vertu d'une sorte de location perpétuelle qui se confondit avec l'emphytéose après le règne de Constantin¹.

L'emphytéose tint une place beaucoup plus considérable ; la concentration de la propriété produisait une grande indigence et il fallait recourir à des expédients pour assurer l'exploitation de vastes superficies en y attachant des agriculteurs. Ce contrat imposait au preneur l'obligation de cultiver² ; c'était une espèce de location perpétuelle, ou séculaire, moyennant une redevance fixe et périodique ; le défaut de paiement après trois ans, sous Justinien, entraînait la résolution ; le preneur pouvait transmettre son droit en payant 2 % de sa valeur au propriétaire³ avec une faculté de préemption pour celui-ci.

Ce contrat *sui generis* conférait à l'emphytéote un droit aliénable et transmissible, qu'il devenait facile par conséquent de considérer comme un droit réel ; certains textes romains interpolés accordent à la fois une action directe en revendication au propriétaire bailleur emphytéotique, et une action réelle utile à l'emphytéote. Les feudistes devaient trouver là plus tard une justification apparente de la théorie décomposant la propriété en deux domaines, direct et utile, pour analyser les droits respectifs du seigneur et de son vassal, du censier et du censitaire sur un même fonds. Il y a là une exagération, mais l'apparition de l'emphytéose n'en reste pas moins symptomatique d'un grand changement

1. Signalons aussi le droit de superficie. Le *jus perpetuum* tire son origine de l'ancienne *conductio agri vectigalis*, location conclue pour un lustre.

2. Εμφυτεύειν, planter. Contrat usité à partir de Zénon (477-484 ap. J.C.). Le bail à complant de notre ancien droit français procède du même besoin.

3. Code, IV, 66, Loi 3, *De jure emphyteutico*.

qui s'opère dans la vie sociale et se répercute sur la propriété foncière.

Enfin des installations barbares et une adaptation de l'esclavage donnèrent des colons dont les uns eurent une condition quasi servile (*servi censiti* ou *tributarii*) et dont les autres (*coloni liberi*) eurent une certaine capacité d'acquiescer. Les colons étaient juridiquement incorporés au sol, la terre et eux s'aliénant ensemble¹ : « La terre possédait l'homme ; c'était une base matérielle posée d'avance pour le moyen âge et la féodalité »².

Dans les derniers temps, l'Etat usa abondamment des concessions emphytéotiques ; les barbares reçurent presque tous des terres, « espèces d'emphytéoses où le service militaire remplaça le cens en argent ... Dans ces concessions, qui portent quelquefois le nom de bénéfices, on a vu en germe l'idée du fief »³. Les terres affectées aux vétérans (*terrae limitaneae, fundi limitrophî*) étaient aux frontières de l'empire ; les vétérans s'engageaient par serment au service militaire, et ils transmettaient à leurs fils, sous la même obligation, leurs fonds exempts de toute autre charge, avec droit de retour à leur corps de troupe ; les terres remises aux barbares (*laeticæ*) avaient un régime analogue.

Nous assistons donc, à la fin de l'empire, à la naissance, sous le coup d'inexorables nécessités de fait, d'institutions répugnant à la théorie romaine ; les Romains sont cependant obligés d'y recourir et de leur donner forme légale. Dans les temps suivants, le corps de droit romain fournira ainsi un arsenal varié⁴.

1. « *Rusticos censitosque servos absque terra vendi non licebit* », loi de Valentinien et de Gratien, Code, XI, 47, 7.

2. Laferrière, *Histoire du droit*, chap. 6 (colonat).

3. Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, 1838, L. II, chap. XIX et XX.

4. « Du droit romain, nous pourrions tirer deux choses : d'une part, en appliquant l'esprit du droit romain, la propriété du Code civil français, et, d'autre part, en appliquant des pratiques romaines qui ont été obligées de plus en plus de s'écarter de la théorie pour reconnaître tout de même quelque chose à ces superficiaires ou à ces emphytéotes, nous allons aller à la propriété divisée du moyen-âge. Quand on essaiera de donner un habit romain à la propriété divisée, on trouvera des précédents dans le droit romain, mais qui iront contre le génie du droit romain, et nous aurons une conception romaine

B. — Le système féodal primitif

Les premiers barbares, à qui on avait donné des terres sur les frontières de l'empire avec la mission de s'y installer et de repousser les peuplades avançant à leur suite dans le mouvement général de migration, ne purent indéfiniment garder leurs positions. L'affaiblissement et l'écroulement de l'empire romain d'Occident ouvrirent les terres gallo-romaines aux invasions armées qui firent passer dans les mains des Barbares les vastes terres fiscales et, par voie de partage amiable ou forcé, une fraction importante du sol soumis à la propriété privée.

La réunion de races multiples dont par surcroît la civilisation était à des degrés si différents provoqua, comme il était naturel, une grande confusion¹ et une instabilité de l'état des personnes et des terres.

Quant à la conception de la propriété, à ce moment elle est tout à fait dépourvue de netteté : la propriété foncière se transmet par la tradition, comme on remet un bien en usufruit ou en gage ; il n'y a pas d'action civile en revendication, la propriété et la possession n'étant protégées que par des mesures pénales. D'ailleurs la propriété, la possession et les autres modes de jouissance sont des notions confondues en droit et ne se distinguant en fait que par des dispositions d'esprit différentes de la part de leurs titulaires². Ce milieu malléable allait être fort propice à la naissance d'institutions pratiques originales, auxquelles il était fatal que l'on cherchât des lettres de crédit chez les Romains, pour les légitimer, ou que tout au moins on appliquât un vocabulaire latin, pour en parler.

historiquement et anti-romaine génialement, dans son esprit et dans sa pensée ». *Cours de doctorat de M. Grandclaude sur l'histoire de la propriété foncière*, 1933-1934, p. 75.

1. « La régénération par les barbares n'a été qu'un thème à déclamation », Ferdinand Lot, *La fin du monde antique et le début du moyen-âge*, et *Les invasions des barbares*.

2. Sur cette imprécision de la conception de propriété privée après les invasions, V. le *Cours de doctorat* 1933-1934 de M. Grandclaude *sur l'histoire de la propriété foncière*, p. 141 à 158.

Les rois Francs de la première race, frustes et sans grande autorité, ne purent entreprendre de mettre de l'ordre dans les institutions ; leurs préoccupations ne s'élevaient guère au-dessus de celles de leurs sujets ; d'ailleurs ils eurent sans cesse à recommencer la lutte contre les autres Germains qui continuaient à se presser les uns les autres vers l'Ouest, et l'unité de leur royaume fut constamment brisée.

Avec Charlemagne, nous assistons à une tentative d'organisation : il chercha à consolider son autorité en faisant amener à l'armée, par les puissants, ceux qui s'étaient recommandés à eux. Son œuvre réussit assez peu et contribua à fonder le régime féodal, par l'interdiction aux *commendati* de rompre avec leurs *seniores*.

Les conditions dans lesquelles est né en France ce régime, que l'historien voit apparaître dans des pays totalement étrangers et à des époques fort éloignées, sont assez complexes et se relient pour la plupart entre elles. La misère des temps, l'anarchie d'ensemble, le triomphe de la violence, l'incompréhension du rôle de l'impôt, le goût de l'individualisme poussé jusqu'à l'égoïsme brutal forcent les hommes libres mais faibles à rechercher appui auprès des plus puissants d'entre eux, et à se rattacher à leurs familles, à leurs intérêts, à leurs domaines. Cette tendance existait auparavant chez les Gaulois et chez les Germains¹ ; la fixation sur le sol la rendit plus territoriale que militaire et beaucoup de petits détenteurs du sol, pour échapper à la misère des temps, demandèrent, ce qui ne heurtait pas leur atavisme, la protection des grands propriétaires, moyennant redevance et serment de fidélité. D'ailleurs les idées germanes ramenaient la propriété à l'état de jouissance.

Il y eut là une espèce de concession fictive d'un bien aux protégés. La formule de cette recommandation ressemblait à celle de l'aliénation solennelle de la propriété, mais le

1. Les jeunes Germains émancipés étaient admis dans la suite d'un chef. Tacite expose dans quelles conditions et indique les obligations des compagnons et de leur chef (*De moribus Germanorum*, XIII et XIV). Les tribus germanes avaient d'ailleurs des régimes politiques variés : républiques et monarchies ; ce chaos ne les effrayait pas. « *Reges ex nobilitate, duces ex virtute sumunt* » (*d^o*, VII).

recommandé reprenait le bénéfice de celle-ci *usufructuario ordine*¹.

La rareté de la monnaie, moyen d'échange dont on apercevait mal d'ailleurs les possibilités de développement, fit qu'on paya de plus en plus les services rendus avec des terrains, des bénéfices auxquels le précaire du droit romain constituait un précédent. Là, les concessions étaient réelles, de telle sorte que la terre possédée librement, l'alleu, appelée encore *res mancipi* par quelques chroniqueurs, devint pour ainsi dire originale, avec ses attributs semblables à ceux du *dominium ex jure quiritium*. D'autres possessions s'établirent sur le sol, ainsi « affecté d'une infinité de charges inconnuës des lois romaines, qui écartaient soigneusement tout ce qui eut gêné l'indépendance de la propriété »².

Ces concessions d'abord entièrement révocables furent progressivement temporaires, viagères, et tendirent enfin à devenir héréditaires.

L'hérédité des fonctions s'établit nettement pendant le règne de Charles le Chauve, qui la reconnut progressivement et la rendit manifeste, au moment de son départ pour l'Italie, par le capitulaire de Kiersy-sur-Oise (877). En effet il disposait que si un comte mourait en son absence, c'est seulement à défaut de fils (majeur ou mineur) qu'il faudrait procéder à la désignation d'un autre comte.

Au X^e siècle, le nombre des propriétés libres et transmissibles, ou alleux, a singulièrement diminué ; les grands domaines se trouvent dans les mains de quelques familles. Seul le seigneur a le droit de propriété absolue et véritable sur le sol : au-dessous, d'autres hommes ont des droits plus ou moins étendus sur l'immeuble qu'a pu leur concéder le suzerain ; vassaux ainsi d'un côté, ils sont souvent à leur tour suzerains de l'autre, ne formant que le maillon d'une chaîne. Cet immeuble donné à fief, c'est une concession gratuite : le vassal prête l'hommage et le serment de fidélité, et le seigneur l'investit.

1. Formulaire de Marculfe, I, 13.

2. Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, 1838, L. VIII, chap. V.

Par l'hommage, de forme variable¹ tantôt rendu à genoux sans épée ni éperons, et les mains dans celles du seigneur², tantôt debout, l'épée au côté et les mains libres, le vassal se déclare l'homme de son suzerain. Le seigneur donne alors au vassal l'investiture, en lui remettant, devant les témoins, une motte de terre, une pierre, une baguette ou une branche d'arbre.

Ce procédé de mise en possession analogue à celui employé pour la transmission de l'alleu, la tradition solennelle procurant la saisine, prenait une allure quasi-romaine dans le midi de la France.

De cette inféodation découlent les obligations réciproques du vassal et du suzerain.

Le vassal doit primitivement :

1° le respect, la fidélité, le dévouement ;

2° le service d'ost, ou militaire, qui dure plus ou moins longtemps selon la nature de l'hommage ; donc les femmes, les mineurs, les roturiers, qui ne peuvent porter les armes, les ecclésiastiques, qui ne peuvent verser le sang, ne sont pas susceptibles de s'inféoder ;

3° le service de cour, qui consiste à assister le seigneur pour rendre la justice, nul ne pouvant être jugé que par ses pairs ; le vassal lui doit le conseil aussi ;

4° les aides (*auxilia*), contributions pécuniaires exceptionnelles, dues généralement lorsque le seigneur a à payer une rançon, arme son fils aîné chevalier, marie sa fille aînée ou part à la croisade.

Le seigneur fournit le fief au vassal qu'il doit en outre défendre en toute circonstance, notamment par les armes : « le sire doit aider à garantir son homme et ce qu'il tient de lui, en telle manière que nul ne lui fasse tort »³ ; il lui doit aussi justice.

Ces obligations réciproques sont assorties de sanctions également réciproques.

1. Selon les pays.

2. Surtout l'hommage-lige.

3. Beaumanoir, *La Coutume de Beauvoisis*, (rédigée « selon che que il couroit en l'an de l'incarnacion nostre Seigneur, mil deus cens quatrevins et trois », chap. LXI, § 31).

Si le vassal commet le crime de trahison ou de félonie, il encourt la commise, c'est-à-dire la perte du fief qui revient dans les mains du suzerain ; les fautes moins graves provoquent la saisie féodale, sorte de séquestre par le seigneur jusqu'à satisfaction.

Si le seigneur manque à son devoir, le vassal peut transférer son hommage au seigneur suzerain, se dégageant ainsi de tout lien vis-à-vis de lui.

Le possesseur de fief, le vassal, jouit au surplus d'une grande indépendance ; profitant des biens et disposant de serfs pour les mettre en valeur, il participe de plus à tous les droits politiques qui plus tard n'appartiendront plus qu'au roi ou à l'Etat. Car, en ce temps, il est aussi souverain ; les droits dits « publics » à Rome ou de nos jours sont inhérents à son domaine, droit de joyeux avènement, de battre monnaie, de percevoir la taille et le guet (pour la surveillance du haut du donjon féodal), d'exercer la justice¹, droits exclusifs de chasse, de pêche, de colombier, droit de surveillance sur les rivières et les chemins (d'où droits sur les épaves, les objets abandonnés, et droits de péage, pontonnage, halage, barrage, etc...), droit de réglementer par proclamation ou ban certains travaux concernant les moissons ou les vendanges, l'usage des moulins, fours, pressoirs etc. en instituant des redevances.

Nous pouvons donc dire que le possesseur de fief a tout à la fois la puissance militaire, judiciaire et administrative, dans son fief.

L'autorité administrative romaine ayant disparu et les rois mérovingiens et carolingiens n'ayant pu y suppléer (ce sera la besogne persévérante des Capétiens) le seigneur a le pouvoir sur la collectivité du fief ; il s'établit ainsi une organisation sociale solide et répondant tout de même aux nécessités puisqu'il n'y a plus d'empire et pas encore de royaume.

La hiérarchie sociale et politique est faite de rapports

1. Laboulaye, *loc. cit.*, p. 326 : « la justice, source de revenus importants, fut ainsi considérée comme un des fruits de la terre, comme un des attributs de la propriété » ; voir plus loin.

personnels, assortis de dépendances territoriales, de telle sorte que le système féodal originaire aboutit à une transformation complète de la propriété foncière, hors du droit privé.

Ces obligations et les droits réciproques du seigneur et du vassal se retrouvent pour la plupart aujourd'hui dans les rapports de l'Etat et du citoyen. Ces concessions de terres faites sans intérêt pécuniaire permirent d'asseoir la puissance du concédant. Le vassal qui exploitait le plus souvent lui-même une partie du domaine, non pour s'enrichir mais pour vivre, pouvait lui-même être seigneur d'autres vassaux, et ainsi de suite.

Les fragments respectivement exploités par les seigneurs suzerains, intermédiaires et par les vassaux, à l'extrémité inférieure de ces chaînes, forment les noyaux élémentaires de la société féodale ; sur ce sol vivent des serfs au service du seigneur et des vilains cultivant des terres affermées.

Cette transformation ne s'est pas faite brusquement, elle a été sporadique et désordonnée quant à l'aboutissement des suzerainetés ; peu à peu cependant la systématisation se fit, et au fur et à mesure les premiers Capétiens obtinrent par des moyens divers l'hommage des seigneurs des échelons supérieurs, sauvegardant théoriquement ainsi l'unité de la société féodale française, le roi de France devenant la clef de voûte de l'édifice formé par les lignes ascendantes de fiefs¹.

Au point de vue du droit privé nous constatons déjà dans ce système féodal primitif une sorte de disjonction de la propriété foncière ; le suzerain concède un domaine à une personne qui devient son vassal, mais qui a elle-même d'autres vassaux etc. Si bien que sur un fonds déterminé il existe une cascade de droits et si l'on peut soutenir que le premier concédant garde à proprement parler le droit de propriété, la jouissance du domaine s'éloigne de lui de proche en proche.

1. Les simples seigneuries, les châtelainies, les baronies, les vicomtés, les comtés et les duchés relèvent alors en arrière-fief ou en fief du roi. V. Guilhaumez, *Essai sur l'origine de la noblesse*.

Ce régime a évolué assez rapidement à partir du XI^e siècle et notre organisation foncière ancienne s'est pratiquement compliquée par une grande diversité des tenures, par la survivance des procédés romains d'amodiation, par la variété que ne pouvait manquer d'apporter l'élaboration coutumière poursuivie de front dans des pays où les races étaient différemment dosées et offrant des ressources naturelles dissemblables.

C. — Complication pratique de notre régime foncier ancien

I. *Evolution du régime féodal*

1^o *Première période (correspondant à peu près au règne des Capétiens directs).*

La royauté enlève peu à peu aux fiefs leurs attributs politiques et militaires qui en faisaient une institution originale, pour leur laisser un caractère civil et privé, qui va paraître artificiel. Les cours féodales disparaissent : il n'y a donc plus de service de cour ; les droits publics attachés à la propriété lui sont retirés un à un, et il vient un temps où l'établissement des armées permanentes abolit le service d'ost, en faisant tomber en désuétude la convocation du ban et de l'arrière-ban féodal. Le fief change de nature.

Le fief peut d'ailleurs consister en autre chose qu'une terre : un droit perpétuel, assurant des prestations périodiques, peut être concédé à fief, bien qu'il soit difficile de le considérer comme immobilier, et ceci contrairement aux prescriptions des *libri feudorum*¹. « Tout se donnait en fief : la gruerie des forêts, le droit d'y chasser, une part dans les péages, le conduit des marchands, la justice dans le palais du prince, les places du change, les loges des foires, les études publiques, les fours banaux et jusqu'aux essaims d'abeilles qui pourraient être trouvés dans les forêts »².

1. Recueil lombard d'usages féodaux composé pendant le XII^e siècle.

2. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs en France, pendant les XI^e, XII^e, XIII^e et XIV^e siècles*, Paris, 2 vol. in-4, 1727, t. I, p. 42.

Le fief, nous l'avons dit, était devenu de bonne heure héréditaire ; cette règle ne dispensait pas cependant l'héritier de rendre foi et hommage au seigneur qui l'investissait. Et il en résulta par compensation une obligation nouvelle pour le vassal : l'héritier doit dorénavant payer le *relevium*, droit de relief ou de rachat au seigneur afin que celui-ci relève le fief pour ainsi dire, en reconnaissant la succession. C'est le prix de son consentement supposé, en admettant que le fief est toujours censé accordé à vie. Le montant en fut communément d'une année de revenu du fief. Les héritiers en ligne directe en furent le plus souvent affranchis.

Le fait que la règle de l'hérédité s'établit assez tôt s'assortit, avec des modalités diverses, de la nécessité de conférer à l'aîné et aux mâles une meilleure part pour sauvegarder l'aptitude économique et physique du titulaire à remplir les services féodaux.

Ceux-ci étaient dus personnellement, mais il arrivait que les titulaires de fiefs fussent amenés au désir de céder leur domaine¹ : ce n'était pas possible, sauf, bien entendu, le consentement du seigneur. Celui-ci en profita pour obtenir le versement d'une somme, ordinairement un cinquième du prix de vente en cas d'aliénation à titre onéreux (droit de lods et vente, ou de quint), alors qu'il se contentait du revenu d'une année en cas d'aliénation à titre gratuit (droit de rachat). Cette pratique se transforma en règle, comme il fallait s'y attendre, et le seigneur, gardant seulement la faculté de faire retrait moyennant finance, ne put refuser d'investir l'acquéreur.

Les fiefs sont devenus tout à fait patrimoniaux.

Un mouvement parallèle apparaît dans le régime des concessions à l'intérieur du fief, pour l'exploitation des terres par les vilains.

Les seigneurs remettaient des fonds aux vilains contre une redevance pécuniaire ou en nature, annuelle ; il ne saurait être question ici d'hommage ni de gratuité, mais cette distinction faite, on constate que ces tenures roturières

1. Autrement que par la sous-inféodation (contrat gratuit).

d'abord précaires, puis viagères, puis héréditaires, acquièrent enfin, elles aussi, la patrimonialité complète (aliénabilité).

Le roturier, si l'on prend la censive comme exemple, doit le cens, redevance pécuniaire annuelle, et les lods et ventes en cas de vente, comportant souvent des droits d'ensaisinement de l'acquéreur.

Les serfs cultivaient pour leur compte des terres qu'ils ne pouvaient garder que par la bonne volonté du seigneur, et on ne peut parler pour eux de droit proprement dit à ce sujet. S'ils purent de ci de là, transmettre ces biens à leurs enfants ou les céder, ce fut l'effet de mœurs bienveillantes de leurs seigneurs et de leurs bonnes dispositions, allant de pair avec leurs intérêts bien entendus, le plus souvent.

2^o *Seconde période (règles des Valois et des Bourbons).*

En France, comme dans beaucoup de pays, une organisation forte se développe au sein de la féodalité et prend sa succession, c'est la monarchie absolue ; en donnant à ce dernier terme son sens humain et réel, on peut le considérer comme caractéristique de cette époque qui relie le moyen âge aux temps modernes.

Assez obscurs au début, les Capétiens établirent bientôt leur propre autorité, avec l'unité de notre pays, aux dépens des collectivités féodales. Cette œuvre à vrai dire libératrice et pleine de promesses d'avenir fut conduite à résultat par Louis XI et Richelieu (si bien soutenu par Louis XIII). « Les premiers rois se contentèrent d'être reconnus nominativement ; leur souveraineté n'était qu'une suzeraineté. Mais l'hommage que tous ces fiefs devaient au suzerain était un fil qui rattachait à la couronne ce nombre prodigieux de parties divisées, et, par une politique habile, ce fil mena droit au gouvernement de Louis XIV et à l'unité nationale »¹.

A partir du XII^e siècle, l'enseignement du droit romain reflorissait ; les légistes, les plus redoutables adversaires du

1. Laboulaye, *op. cit.*, L. VII, chap. XVIII.

régime féodal, y puisèrent le tableau d'un gouvernement centralisé, unitaire, et se firent les conseillers et auxiliaires des rois de France.

Jusqu'à la Révolution, le droit privé restera à peu près fixe. Les fiefs, censives, champarts, baux à rente, alleux subsistent toujours, avec de légères modifications sans gravité si on les rapporte à celles survenues dans la période précédente. On perd seulement le souvenir de l'origine exacte des concessions, de leur première utilité sociale, qui s'est évanouie et de la justification des obligations qui subsistent sans contrepartie actuelle.

Par contre, au-dessus, s'élève le domaine de la couronne qui tend à l'universel¹. L'autorité royale supplée à celle des seigneurs ; le roi est considéré autour de lui et se considère comme ayant un droit personnel éminent sur tous les biens. Le mot célèbre prêté à Louis XIV, « l'Etat c'est moi » se comprend mieux si l'on veut le considérer non pas par rapport à notre temps, ce qui est absurde, mais par rapport à l'époque antérieure : c'est la restauration complète en sa personne de l'autorité de l'Etat auparavant démembrée, et reprise peu à peu par ses prédécesseurs. Un effort exceptionnel de volonté et de travail, poursuivi pendant 54 ans prouve que le grand roi connaissait et acceptait les devoirs inclus pour sa personne dans ce principe dirigeant de sa politique.

Dans ses instructions au dauphin, Louis XIV s'exprime en ces termes en parlant des princes, c'est-à-dire des souverains : « Tout ce qui se trouve dans l'étendue de leurs Etats de quelque nature qu'il soit leur appartient au même titre, et doit nous être également cher »².

1. La maxime : « *Omnia sunt regis* », devenait la mère des principes. Malgré certaines précautions, du Moulin lui-même l'admet : « *Quando commune bonum, et reipublicae necessitas hoc exposcit, tunc ad hanc duntaxat finem, omnia sunt regis* », art. 1, gl. 2, n° 66, Coutume de Paris.

2. *Œuvres de Louis XIV, Mémoires historiques et instructions de Louis XIV pour le dauphin*, Paris, 1806, t. II, p. 93. — Châteaubriand remarque en parlant de Louis XIV dans ses *Etudes historiques* qu'« il ne lui vient pas même la pensée que la liberté, la propriété, la vie d'un de ses sujets ne soient pas à lui ». Il est assez piquant de trouver cette observation sous la plume d'un émigré de 1792.

La théorie de la directe royale universelle, d'utilité fiscale se rencontre, dès 1629, dans le Code Michau ¹ et figure dans l'ordonnance d'août 1692, qui proclame la mouvance et directe universelle du roi sur toutes les terres du royaume ; l'édit affirme qu'il n'y a point « de droit ni mieux établi ni plus inséparablement attaché à la Couronne » ². Même les alleux ont peine à échapper à cette règle : ils peuvent provenir des affranchissements des seigneurs ou de la négligence qu'ils ont mise à se faire rendre hommage. Louis XIV revendique donc les alleux comme seigneur supérieur mais il confirme leur possession à la charge par leurs détenteurs de payer la valeur d'une année de revenu.

En somme, quant à la propriété, régnaient toujours les principes féodaux dans toute leur force reliés seulement en un droit général théorique dans la main du roi.

Ainsi toute propriété fut regardée comme un dessaisissement de l'Etat ; cette idée servit à légitimer les impôts et à asseoir divers droits royaux.

Les formes féodales se maintiennent dans les rapports des seigneurs avec leurs vassaux et leurs tenanciers qui ont à supporter les obligations qui se sont dégagées à la fin du moyen âge.

Bien que nous ne nous attachions pas ici à la condition elle-même des personnes, sauf en ce qu'elle peut toucher au statut de la propriété, retenons cependant qu'à partir du XIII^e siècle l'acquisition d'un fief par un roturier ne l'anoblissait plus par cela même ; par conséquent celui-ci était inapte aux services féodaux, et les seigneurs purent tout d'abord le forcer à vider le fief hors ses mains, quand ils ne se contentèrent pas de la remise d'une prestation compensatoire ³. Les ordonnances royales firent de ce droit de franc-fief un attribut régalien ; périodiquement, le roi continua à recevoir des roturiers possesseurs de fiefs cette finance, précieuse certes en ces temps où la collecte des impôts était si difficile,

1. « Sont tous héritages ne relevans d'autres seigneurs censez relever de nous », art. 383.

2. Isambert, t. XX, p. 165.

3. Souvent de deux années de revenu.

mais provenant d'une lézarde dans l'édifice féodal, puisqu'un roturier pouvait recevoir foi et hommage d'un vassal noble et l'apporter à un seigneur noble, étant lui-même seigneur roturier du premier, et vassal roturier du second ¹.

C'était tout à fait illogique, mais cela empêchait que la qualité de noble tombât dans le commerce avec la multiplication et l'aliénabilité des fiefs, si l'on avait continué à conférer la noblesse au roturier acquérant un fief et cela permettait aux feudataires obligés de faire argent de leur fief de les vendre un plus haut prix, car les roturiers enrichis étaient les meilleurs acheteurs ².

II. *Survivance de la propriété et des amodiations romaines*

1° *L'alleu.*

Si les tenures féodales l'emportèrent par leur nombre et leur importance, cependant la propriété romaine subsista : les alleux n'étaient pas incorporés dans la hiérarchie féodale ; ce sont des vestiges du régime foncier antérieur et si le nom est d'origine germane ³, la chose est romaine, il s'agit

1. Cf. Ferrière, *Nouvelle introduction à la pratique*, v° Franc-fief et Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, v° Franc-fief, I. — Cette dénaturation du système féodal lui enlevait de la valeur et devait provoquer de la gêne. Tallemant des Réaux, témoin fidèle de la société du XVIII^e siècle, rapporte dans ses *Histoires*, t. XVIII, p. 138, l'anecdote du marquis de Resnel qui, ayant acquis un fief relevant d'un autre fief appartenant à un apothicaire parisien, fut mis assez sèchement en devoir de lui rendre foi et hommage ; il se rendit à Paris et le manda pour lui administrer un lavement ; puis il lui fit foi et hommage d'une singulière façon, d'où procès. Championnière, *De la propriété des eaux courantes*, p. 571, note 1, y voit un indice significatif : « quoique le fief, en tant que contrat foncier, fût en pleine vigueur, la hiérarchie féodale n'était plus qu'une fiction sans vie ».

2. Ce système fut définitivement établi sous Henri III par l'ordonnance de Blois de 1579, dont voici l'art. 258 : « Les roturiers et non nobles achetants fiefs nobles ne seront pour ce anoblis, n'y mis au rang et degré des nobles de quelque revenu et valeur que soient les fiefs par eux acquis » (cité par A. Esmein, *Histoire du droit français*, Paris, 1912, p. 259, note 2). Isambert, t. XIV, p. 439. Cf. pour les fiefs de dignité, Pothier, *Des personnes et des choses*, n° 25 (t. IX, p. 10).

3. Cujas, L. II *Des fiefs*, titre XLVII, pensait que le mot d'« alleu » tirait son étymologie de *a-lod*, terre non soumise au droit de lods (*laudimium*) et vente ; mais le terme *alos* figure dans la loi des Ripuaires (titre LVI), avant l'époque féodale.

de fonds ne relevant d'aucun seigneur et francs de toute redevance, donc librement transmissibles et aliénables.

Les propriétaires d'alleux, assez nombreux dans le midi de la France, avaient même une puissance supérieure à celle des anciens propriétaires romains : la souveraineté de l'Etat était tombée entre leurs mains, faisant d'eux des espèces de seigneurs souverains. Tout de même on considéra de bonne heure comme exorbitant qu'ils pussent exercer la justice hors de la hiérarchie féodale, et on réputa que l'alleutier tenait la justice en fief du roi, ou, le plus souvent, s'il n'avait rien à l'appui de ses prétentions de justicier, qu'il était justiciable du seigneur dans le domaine duquel se trouvait l'alleu ¹.

La propriété allodiale pouvait n'être pas originaire, et résulter d'une concession ou de la prescription dans les coutumes où celle-ci était admise. Mais dans le système féodal elle représentait une institution véritablement extraordinaire ; l'idée de tenure s'était à un tel point imprimée dans les esprits qu'on ne concevait plus une propriété qui ne fût tenue de personne. On dit que l'alleutier tient de Dieu ². Et il y eut un effort continuuel contre l'alleu.

Le moyen le plus simple consista à profiter de la difficulté de preuve de l'alleu.

Dans les pays de droit écrit (comme le Dauphiné, où l'allodialité fut si bien défendue par Salvaing, *L'usage des fiefs*, 1668) et dans certaines Coutumes (Bourgogne, Auvergne, Marche, Nivernais, Bourbonnais, Troyes, Chaumont, Châlons, Lorraine) les alleutiers réussirent à faire présumer l'allodialité des terres : leur situation se trouvait ainsi consolidée, car si un seigneur élevait une prétention sur un fonds, il lui incombait de montrer sur quoi elle reposait.

1. Hévin, *Questions et observations concernant les matières féodales*, Rennes, 1736, p. 228 : « Ils sont pourtant sujets à la justice et juridiction du seigneur dans laquelle ils sont retirés ». Nous dirons plus loin quelques mots de cette question des justices.

2. J. Bouteillier, *xiv^e siècle, Somme rurale*, I-84 : « Tenir en franc-alleu si est tenir terre de Dieu tant seulement ». Secrétan, *Essai sur la féodalité*, Lausanne, 1858, p. 407 : « Telle a été la préoccupation des idées féodales que, pour distinguer l'alleu du fief, on lui a donné le nom de franc-fief, comme si toute possession immobilière avait nécessairement dû être un fief ».

Dans d'autres pays (Paris, Orléans, Anjou, Meaux, Melun) on adopta pour règle : « nulle terre sans seigneur »¹ à titre de simple présomption ; les droits des alleutiers y étaient ainsi, en principe, sauvegardés, mais il fallait apporter la preuve de la franchise.

Enfin dans une dernière série de Coutumes (Bretagne, Blois, Boulonnais, Senlis) on applique la maxime ci-dessus de façon absolue. Théoriquement on pouvait justifier ce point de vue en partant de l'idée que le roi était souverain fiefieux du royaume, et en ajoutant que par conséquent toute terre relevait directement ou indirectement de lui en fief ou en censive. Ceci aboutissait à incorporer les alleux dans la mouvance féodale.

Dans le Code Michau (1629) il était précisé, nous l'avons vu plus haut, que les fonds ne relevant d'aucun seigneur seraient considérés comme relevant du roi, sauf production d'un titre de décharge². Un édit de 1641 confirma cette intention ; il fut renouvelé en 1657. Mais le pouvoir royal, pourtant dans toute sa plénitude, n'entreprit jamais de pousser à fond cet effort et de briser les résistances rencontrées.

La lutte se poursuivit et un édit de Louis XIV de 1692 disposa que la charge de la preuve pèserait sur le prétendu seigneur, et établit, à défaut, la directe royale universelle ; celle-ci demeura théorique.

Les pays du midi en particulier ne cessèrent pas de résister opiniâtement. La royauté cherchait surtout à percevoir une finance des alleutiers. Elle y parvint, mais les parlements sauvegardèrent le principe de l'allodialité, en se refusant à l'enregistrement des actes royaux hostiles. Quant aux jurisconsultes, ils se divisèrent en deux camps³.

1. Il y eut là une dénaturation de l'adage : les seigneurs justiciers cherchèrent à devenir fonciers et s'employèrent à transformer les impôts d'abord perçus au nom du souverain, puis à titre privé, en signe de reconnaissance de la propriété. Cf. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, 1789, t. I, p. 23 et suiv., et Chénon, *Etude sur l'histoire des alleux*, p. 103.

2. P. 40, n. 1.

3. Bosquet, dans *Le dictionnaire raisonné des domaines* (Rouen, 1762, 3 vol. in-4), va jusqu'à dire, au mot franc-alleu : « Espèce de tenure dont l'origine est inconnue et qui vraisemblablement n'existe pas en France ».

En fait, beaucoup d'alleux disparurent, faute de titre, dans le plus grand nombre des pays où l'allodialité ne se présuait pas. Quand le roi ou les seigneurs justiciers faisaient renouveler leurs terriers, ils obligeaient les possesseurs des terres situées dans l'étendue de leurs justices à exhiber les titres de leur possession et déclarer leurs biens sujets à redevance ou allodiaux ; le roi et les seigneurs cherchèrent à étendre cette pratique dans les pays de franc-alleu : « si le seigneur requiert exhibition des titres, pour être instruit et connaître quelles pièces sont tenues de lui, et à quelle charge, *semble* que le détenteur peut être contraint d'exhiber au seigneur les titres qu'il a ou se purger par serment, s'il en a et si par dol ou fraude a délaissé d'en avoir », écrit au XVI^e siècle le grand jurisconsulte Guy Coquille¹ sur l'article 26 des Coutumes du pays et duché de Nivernais². La tendance se manifeste aussi dans les pays de droit écrit du midi, où la même jurisprudence apparaîtrait ; voici ce que dit Le Prestre (XVII^e)³ qui en fait une maxime générale pour tout le royaume : « En France, tout détenteur d'héritage est tenu exhiber au seigneur justicier féodal ou censier, le titre par le moyen duquel il possède l'héritage au dedans du territoire de la haute justice, fief ou censive ».

Les lieutenants généraux des bailliages du royaume reçurent en 1659 les instructions suivantes : « vérifier dans l'étendue dudit bailliage les déclarations qui seront fournies audit Papier Terrier général du roi par les possesseurs, et détenteurs des biens roturiers assis en ladite étendue : les minutes desquelles déclarations, après qu'elles auront été passées par lesdits possesseurs, et détenteurs par devant notaires, seront représentées, avec les titres et

1. Pothier dit de lui « le judicieux Coquille ».

2. Citons aussi L. Le Grand, écrivant en 1659 sur l'article 53 des Coutumes du bailliage de Troyes : « Tous possesseurs d'héritages allodiaux roturiers sont tenus de bailler déclarations aux seigneurs haut-justiciers féodaux, ou censiers, des héritages assis au dedans de leur justice, fief ou censive ». Ici il n'est pas question du titre.

3. Le Prestre, *Questions notables de droit, décidées par arrêts de la cour du Parlement de Paris*, centurie I, chap. 58, note B.

contrats justificatifs, que lesdits possesseurs et détenteurs y auront atachez, et joins »¹.

La condition, au point de vue de la justice, des terres possédées en franc-alleu est une donnée indépendante. Elles n'étaient pas soumises au cens et autres redevances féodales mais elles demeuraient soumises au pouvoir juridictionnel du seigneur justicier, sauf les quelques alleux qu'on peut appeler *souverains*, comme le royaume d'Yvetot et la principauté de Boisbelle. « Il est certain, dit Hévin², qu'encore que les alleux ne sont pas tenus en fiefs ni sujets à la foi et hommages substantiels au fief, ils sont pourtant sujets à la justice et juridiction du seigneur dans laquelle ils sont retirés ».

La doctrine était en ce sens : « *Nihil omnino pensitant*, dit Cujas, *nec fidem, nec homagium etc., sed tantum jurisdictionem agnoscunt* ». Galland³, Brodeau⁴, du Moulin ne pensaient pas d'une manière différente et ils enseignaient que les possesseurs d'alleux étaient simplement affranchis des redevances. Ainsi donc, on admettait généralement que le franc-alleu était sujet, quant à la justice, à la juridiction du seigneur justicier dans le détroit duquel il était enclavé.

Toutefois cette règle comportait d'assez nombreuses exceptions, et il n'était pas rare que des alleux fussent placés dans des conditions d'indépendance absolue⁵.

1. Déclaration royale du 26 mars 1659, contenant l'établissement d'une Chambre souveraine pour la confection du papier terrier général et universel du Domaine de Sa Majesté en toute l'étendue du Royaume, Pays, Terres et Seigneuries de son obéissance, et commissions adressées à tous les lieutenants-généraux des bailliages du royaume pour recevoir les déclarations des possesseurs d'héritages situés dans les terres dépendantes du domaine du Roi. Guyot (*Traité des matières féodales*, t. IV, p. 435) autorise les seigneurs à exiger des déclarations sèches des possesseurs de fiefs sis dans leur territoire, même s'ils ne relèvent pas d'eux ; Henrion de Pansey (*Dissertations féodales*, t. I, p. 495 et suiv.) discute de cette question quant aux alleux, et la résout finalement par l'affirmative.

2. Hévin, *op. cit.*, p. 228.

3. Galland, *Traité du franc-alleu et origine des droits seigneuriaux*, Paris, 1637, in-4, chap. I^{er}.

4. Brodeau, sur l'article 68 de la Coutume de Paris.

5. V. Flach, *Les origines de l'ancienne France, le régime seigneurial*, I, p. 204 et suiv. ; Chénon, *Etude sur l'histoire des alleux en France*, Paris, 1888, p. 39 à 41. Viollet, dans son *Histoire du droit civil français*, n° 697, cite au XIII^e siècle, quelques Bordelais, propriétaires d'alleux qui prétendaient ne devoir rien au roi ni à personne et qui déclaraient que, s'il leur arrivait de comparaître en justice devant le roi, c'était l'effet de la violence.

2° *L'emphytéose et le bail à rente (foncière).*

Les conditions politiques et économiques dans lesquelles s'était fondé le régime féodal étaient exceptionnellement favorables aux concessions de terres à long terme ; mais si elles provoquèrent l'éclosion de modes spéciaux, proprement féodaux, le fief et, à un degré moindre, la censive, pour s'en tenir aux principaux, elles ne devaient pas s'opposer à la pratique de modes généraux qu'on retrouve dans d'autres organisations sociales antérieures ou postérieures, notamment l'emphytéose et le bail à rente.

Le contrat d'emphytéose¹ que nous avons vu apparaître à Rome au Bas-Empire et se répandre dans la société gallo-romaine semble bien avoir disparu après les invasions. Le terme lui-même réapparaît à partir du XII^e siècle, mais le vocabulaire de cette époque est décevant quant à la valeur des mots, en grand nombre synonymes et interchangeables, dans l'esprit de ceux qui les emploient ; on désigne par emphytéose aussi bien le fief que la censive et par la suite cette institution se confondra sensiblement avec le bail à cens, à rente seigneuriale et à rente foncière.

Le bail à rente seigneuriale diffère du bail à cens en ce que la rente servie représente un revenu appréciable, contrairement au cens, qui est devenu ordinairement nominal et symbolique ; cette prestation perd ainsi le caractère de symbole et, pour y suppléer, le seigneur retient expressément la foi. En somme il s'agit d'un bail à cens restauré.

Le bail à rente foncière, par lequel une personne remettait un immeuble à une autre, à charge d'une prestation annuelle attachée à l'immeuble et le suivant dans les mains des détenteurs successifs, s'est détaché nettement, par contre, du fief et de la censive : il ne présente en effet aucun caractère seigneurial. Il s'est développé considérablement, permettant au propriétaire d'une part de tirer d'un fonds un revenu permanent sans s'en occuper lui-même et sans enfreindre

1. Voir Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris, Larose, 1878, p. 413 et suiv. et Lefort, *Histoire des contrats de location perpétuelle*, Paris, Thorin, 1875 ; Pépin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose*, 1843.

les règles féodales¹, et au preneur d'autre part d'entreprendre l'exploitation d'un bien avec sécurité sans avoir à déboursier un capital, qui aurait sans doute d'ailleurs peu fait l'affaire du concédant gêné par la prohibition du prêt à intérêt, étendue depuis les Carolingiens des ecclésiastiques aux laïcs².

Cette amodiation n'emporte pas de supériorité sur le concessionnaire ; en outre si l'exécution du contrat devient trop lourde pour le preneur, celui-ci a la faculté de l'éviter par le déguerpissement, sauf clause contraire.

III. Diversité des droits réels

En dehors du fief, tenure noble, et de la censive, tenure roturière, institutions essentielles à l'économie du régime féodal, l'extrême confusion régnant dans notre ancien droit y favorisait le maintien ou l'éclosion d'une foule de droits réels de sources variées : droit romain et coutumes germaniques, différemment adaptées selon les besoins régionaux, et formations spontanées.

L'emphytéose, comme nous l'avons vu, vivait toujours plus ou moins confondue avec le bail à rente et le bail à cens qui comportaient des modalités très variées, dont les principales sont énumérées ci-dessous.

La tenure en champart extrêmement répandue consistait en la concession d'une terre moyennant la remise annuelle d'une part des fruits (*campi pars* ou *campi partus*).

La tenure en bordelage (Bourbonnais et Nivernais) donnait au concédant des redevances pécuniaires et en nature à la fois, et des droits d'un caractère servile.

1. Le titulaire d'une censive ne pouvait la concéder lui-même à cens, en vertu de la règle « cens sur cens n'a lieu (ou ne vaut) » qui a pour but d'empêcher qu'un tenancier roturier puisse avoir quelqu'un dans sa dépendance féodalement ; par contre il pouvait la bailler à rente, comme le dit du Moulin, sur l'article 129 de la Coutume d'Orléans : « Héritage baillé à cens ne se peut bailler à autre cens, *scilicet proprie* portant directe, *sed bene* à rente ou pension *quae improprie vocatur census* ».

2. De plus le droit de rente foncière était considéré comme immobilier, et il suivait dans les successions et partages de communautés le sort réservé aux immeubles (sauvegarde du patrimoine familial).

La tenure en bourgage (Normandie) se rapprochait de l'alleu, n'obligeant qu'à une prestation pécuniaire.

La tenure en échevinage (Artois, Hainaut) allait selon les localités de l'alleu à la censive.

L'erbpacht, bail héréditaire (Alsace).

La tenure en casement, concernant le plus souvent les bâtiments (Béarn, Gascogne), imposait au preneur en plus des obligations du censitaire, de se servir lui-même des immeubles et d'habiter le logis, *casa*.

La tenure en albergement (Languedoc, Provence, Dauphiné, Savoie) ressemblait fort à la censive.

La tenure en locatairie perpétuelle ressemblait au bail à rente (Provence) ou à l'usufruit (Languedoc).

La tenure en métairie perpétuelle (Marche, Limousin) était une sorte de colonage partiaire amélioré.

La tenure à complant (Bretagne, Aunis, Saintonge, Anjou, Maine, Poitou) tenait de l'emphytéose : cession d'une terre, moyennant prestation annuelle, pour la défricher et la planter.

La tenure à convenant, ou à domaine congéable (Basse Bretagne) était une emphytéose de la superficie, mais le seigneur foncier pouvait expulser le preneur en le remboursant de la valeur des améliorations apportées par lui.

Appendice : des justices seigneuriales

Le droit de rendre la justice, attribut de la souveraineté, s'était démembré et fractionné à l'extrême¹; il s'était partagé entre les seigneurs, les villes, l'Eglise, la royauté.

Dans les mains des seigneurs eux-mêmes, plusieurs espèces de justices féodales s'exercèrent; il est malaisé de les discerner. Une première justice s'apparente davantage à l'autorité et à l'administration qu'à la juridiction : c'est la justice foncière ou censièrre, droit pour le seigneur de juger ou de décider des contestations ou des délits relatifs aux rapports juridiques résultant des contrats féodaux intéres-

1. Cf. Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de l'ancienne France*, t. II, p. 453.

sant son fief¹. Une seconde justice a trait aux personnes liées au seigneur, et se rend en présence de leurs pairs.

Une troisième justice seigneuriale, véritable démembrement de la puissance publique², eut plus d'étendue; elle appartient au seigneur sur toutes les personnes « levant et couchant » sur le territoire, et se maintint mieux. Elle comporta de bonne heure³ deux degrés, la haute et la basse justice, selon la gravité des cas; un degré intermédiaire, la moyenne justice, apparut à la fin du XIII^e siècle.

Cette justice proprement dite était-elle attachée nécessairement aux fiefs? Beaumanoir déclare que fief et justice sont tout un⁴, et au début il devait en être ainsi pour tous les fiefs (nobles). Mais une opinion contraire se manifeste de bonne heure, car Loysel pose en règle que « fief et justice n'ont rien de commun ensemble »⁵. Cette opposition peut s'expliquer par le sens équivoque du mot de justice, par les modalités diverses des inféodations, et par les variations des coutumes.

En fait, un bon nombre de fiefs restèrent dépourvus de droits de justice. Les Coutumes d'Auvergne, de Berry, de Blois, de Bourbonnais, de la Marche et de Touraine renferment des dispositions dont la règle constatée par Loysel n'est que la reproduction textuelle. La plupart des Coutumes, en outre, lorsqu'elles ne contiennent pas cette maxime, en admettent le principe. En Bretagne, bien que le seigneur féodal soit presque toujours aussi justicier, « *Jurisdictio exerceri potest etiam separata et abstracta a feudo, sed rarum est in Britannia feudum sine jurisdictione reperiri* »⁶. Les

1. Cf. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, X^e et XI^e siècles, I, Le régime seigneurial, p. 276 à 280.

2. Le principe de cette justice au sens propre paraît trouver sa source dans la souveraineté romaine et les immunités (selon Championnière, Secrétan, Champeaux), ou dans la propriété (selon Bruns, Guizot, Fustel de Coulanges, Seignobos). Cette dernière n'avait-elle pas d'ailleurs été le refuge de la souveraineté éparpillée? Le *mallum* du comte cadrait avec ce système. L'usurpation naturelle a fait le reste.

3. Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, des Hautes et basses justices, LVIII; *Etablissements de Saint-Louis*, I, 34.

4. Beaumanoir, *op. cit.*, éd. Beugnot, t. I, p. 150 et t. II, p. 338.

5. Loysel, *Institutes coutumières*, L. II, t. II, r. 44.

6. C'est ce que dit d'Argentré sur l'article 10 de l'ancienne Coutume de Bretagne. De même sur l'article 265 (chap. X, n. 25).

commentateurs de la Coutume de Paris, résumés par Ferrière, disent aussi : « Il ne faut pas confondre le fief avec la justice, quoique souvent le seigneur féodal soit aussi seigneur justicier ; ce sont choses si séparées qu'elles n'ont rapport ensemble, soit pour l'établissement, soit pour les droits, soit pour les jouissances »¹.

Beaucoup de jurisconsultes ont donc reconnu la réunion fréquente en pratique de la justice et du fief, mais conclu à la séparation possible de l'une et de l'autre en ce qui concerne l'origine, l'essence, l'objet, les limites.

Dès le XIII^e siècle, la royauté avait attaqué les juridictions seigneuriales. Son effort porta sur deux points : d'une part, elle s'efforça de ramener devant ses propres juridictions les causes dont connaissaient les justices seigneuriales ; d'autre part, elle tendit à soumettre ces dernières au contrôle des justices royales. Cette mainmise et cette concurrence furent poussées opiniâtement. La royauté se servit, dans cette lutte, de ses officiers judiciaires, prévôts, baillis, procureurs du roi. Parmi les moyens employés, certains, purement juridiques, étaient des armes ingénieuses tirées par les légistes du droit romain, ou même, à l'occasion, forgées par eux en s'inspirant de sa technique².

À l'origine, ni les baillis ni les prévôts du roi n'avaient le droit de s'immiscer dans l'exercice de la justice seigneuriale, dont le territoire leur était fermé en vertu du principe que chaque justicier était souverain dans sa justice. Il était donc nécessaire de transformer et d'altérer les règles admises pour assurer la pénétration de la juridiction royale dans les justices seigneuriales. Les légistes accréditèrent la maxime : « *Omnia sunt regis* », en relation avec les deux principes que « toute justice émane du roi » et que « le roi est le souve-

1. Cl. de Ferrière, *Corps et compilation de tous les Commentateurs sur la Coutume de Paris*, Paris, t. I^{er}, p. 54, n° 35.

2. Quand un corps de droit garde ou reprend de l'autorité et du prestige, tout en étant mal connu (à cause de son antiquité, ou des difficultés qu'il y a à le déchiffrer) en dehors d'un petit cercle d'initiés, il faut s'attendre à en voir tirer certaines règles plutôt que d'autres. Il est même parfois tentant d'en créer de toutes pièces et de les présenter comme authentiques : c'est un puissant moyen d'action.

rain fieffeux du royaume ». Ces règles étaient en harmonie avec la pure doctrine monarchique.

Cette règle faisait de la condition de certaines justices la condition de toutes les justices. Mais loin de dépasser les idées féodales, elle s'y adaptait. Elle avait pour résultat de donner ouverture à l'appel pour défaut de droit, c'est-à-dire au contrôle du roi, qui intervint en outre dans la nomination des juges seigneuriaux.

La souveraineté de la justice royale fut affirmée : « Toute laie juridiction du royaume est tenue du roi en fief ou arrière-fief, dit Beaumanoir¹ ; et por ce pot on venir en se cort, par voie de défaut de droit ou de faux jugement ».

Les seigneurs justiciers n'opposèrent peut-être qu'une faible résistance à l'établissement de cette maxime. L'inféodation de leurs justices leur donnait un appui contre le développement des cours ecclésiastiques ; impuissants à lutter isolément contre elles, ils recouraient à l'occasion, comme leurs propres sujets, à la protection royale².

Les baillis et les prévôts firent brèche dans les justices voisines des leurs. Ils imaginèrent les « cas royaux », c'est-à-dire les causes civiles et criminelles dont seule pouvait connaître la juridiction royale, alors même que le défendeur, d'après son domicile et les principes ordinaires de la compétence, était le justiciable d'un seigneur³. Les juristes royaux s'armèrent d'abord de prérogatives personnelles du roi et classèrent parmi les cas royaux les actes qui s'attaquaient à la personne même du roi, comme le crime de lèse-majesté, ou qui portaient atteinte à ses droits pécuniaires et domaniaux, comme le crime de fausse monnaie. Ils y rangèrent également les attentats commis sur les grandes routes, parce que celles-ci étaient royales, et les délits que la législation royale avait réprimés pour la première fois et par

1. *Coutume de Beauvoisis*, chap. II, n° 12.

2. Les agents royaux surent très habilement profiter des conflits entre la justice seigneuriale et la justice ecclésiastique qui se causèrent une usure réciproque, pour le plus grand progrès de la justice royale.

3. Bouteillier, *Somme rurale*, édition de Charondas le Caron (1603), L. I, titre LI, p. 350 et L. II, titre I, p. 647 et suiv. La *Somme rurale* est de la fin du xiv^e siècle.

mesure générale. D'autre part le roi apparut de bonne heure comme le représentant et le gardien de la paix publique ; par suite on réserva à ses juridictions la connaissance de tous les faits qui portaient gravement atteinte à cette paix.

Les justices seigneuriales perdirent donc quelque chose chaque jour dans leur concurrence avec la justice royale. Loyseau observe que « les officiers royaux étant supérieurs des subalternes, et d'ailleurs se fortifiant de l'autorité et intérêt du roi, intentent journellement tant de nouvelles sortes d'entreprises sur les justices seigneuriales, que si les parlements, qui sont établis principalement pour tenir en devoir les juges des provinces, n'eussent quelquefois pris leur protection, il y a longtemps que les seigneurs eussent été frustrés de leurs justices »¹.

Par l'institution de l'appel, elles étaient devenues en effet subalternes des justices royales ; la création des « bourgeois du roi » leur retira des justiciables. Si bien que Guy Coquille, dès le XVI^e siècle, y voit des « corps sans âme et sans sang ».

Il faut cependant remarquer que les profits de justice perçus par les seigneurs leur appartenaient au titre de domaine utile, que l'on considère leur justice comme inhérente à leur fief, ou détachée et tenue en fief. Ces profits, appelés couramment justices, étaient dans leur patrimoine. Une indemnité d'expropriation aurait donc pu être réclamée si la royauté était allée jusqu'à la suppression des justices seigneuriales, qui était préconisée de divers côtés².

Quoiqu'il en soit, cette réforme ne devait pas être accomplie avant la Révolution. La controverse sur la disjonction du fief et de la justice ne s'était pas non plus éteinte, puisque

1. Charles Loyseau, chap. XII du *Traité des seigneuries*, paru pour la première fois à Chateaudun, dont il était bailli, en 1610.

2. Loyseau, *op. cit.*, chap. VII, n° 80 déclare que : « le roy peut par droicte justice et puissance réglée, abolir toutes ces justices érigées sans sa permission, de quelque laps de temps que ce soit ». La suppression fut conseillée à Louis XIV par les commissaires préparateurs des ordonnances de 1667 sur la procédure civile ; de Lamoignon s'y opposa.

Montesquieu¹ reprend à son compte les vues de Beaumanoir, tandis que la position adverse est défendue par Henrion de Pansey². Elle est encore ouverte aujourd'hui³. Et, à la vérité, cette matière nous apparaît comme trop complexe et trop délicate pour formuler, en ce qui nous concerne, des conclusions nettes à son égard.

D. — L'effort de construction doctrinale

I. Le système des deux domaines

En face de ce système original de la féodalité, et de cette confusion quasi inextricable qui s'ensuivit dans la distribution des droits fonciers, y a-t-il eu une doctrine, et comment a-t-elle pu s'élaborer ?

Au début, les diverses concessions consenties ne paraissaient guère innover : les bénéficiaires avaient une situation assez semblable à celle des usufruitiers ou des précaristes. Lorsque les biens furent remis en fief, et que le concessionnaire fut devenu vassal, les droits de celui-ci ne changèrent guère de nature. Les premières « Lois » ayant trait aux fiefs, apparues sous le règne d'Alboin, roi des Lombards et recueillies dans les *Libri feudorum* (XI^e-XII^e siècles), emploient des termes assez explicites quant à l'essence du droit du vassal : *possessio, ususfructus*⁴. Mais toute l'attention est

1. Dans *L'Esprit des lois* (1748) Montesquieu écrit que « la justice fut dans les fiefs nouveaux un droit inhérent au fief même » (L. XXX, chap. XX) et que le droit de justice était « de la nature du fief et l'une de ses principales prérogatives ; que celui qui avait le fief avait la justice » (chap. XXII).

2. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, Paris, 1789, 2 vol. in-4, v^o Justice : « Comment ne pas reconnaître que le droit de justice n'était pas inhérent à tous les bénéfices ; qu'à chaque bénéfice ou fief n'était pas indistinctement attachée cette prérogative, si des différentes chartes portant concession de bénéfices, les uns transmettent la justice et les autres ne laissent pas même entrevoir que l'intention du prince ait été de la comprendre dans la donation ? » (t. II, p. 534).

3. Cf. E. Champeaux, *Nouvelles théories sur les Justices du moyen-âge*, (« *Revue historique de droit français et étranger* », 1935, p. 101 et suiv.).

4. Voici comment une lettre d'Obertus de Orto, insérée dans le vieux recueil lombard définit le fief : « *Quod ex benevolentia ita datur alicui, ut proprietatis quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remaneat : ususfructus*

concentrée sur les obligations originales du suzerain et du vassal (service militaire, etc.).

Nous avons vu cependant que l'institution du fief n'avait pas tardé à se dépouiller de ces attributs, en tant que caractéristiques réalistes, pour se réduire à une concession rentrant davantage dans le droit privé.

La suppression des guerres privées, et l'insuffisance du service militaire féodal imposèrent à la royauté la création d'une autre organisation. Au XIV^e siècle elle avait formé les grandes compagnies avec des mercenaires, mais ceux-ci se livraient à des brigandages et, Duguesclin lui-même n'ayant pas réussi à les faire encadrer solidement, il fallut les supprimer. Charles VII, en 1439 et 1445 créa les compagnies d'ordonnance, unités militaires permanentes¹. Cet événement est très important : c'est le remplacement du système militaire féodal par l'armée permanente.

Par ailleurs le développement de la justice royale, la concurrence des justices ecclésiastiques et municipales, porteront atteinte aux justices seigneuriales. L'obligation pesant sur le vassal de venir assister son suzerain pour rendre la justice cessa entièrement, les hommes d'épée étant désormais remplacés par des hommes de loi. Le service de cour disparaît donc à son tour.

Dans cette circonstance, il était fatal que les esprits fussent amenés à rechercher, derrière la pratique, l'essence intime et à entreprendre de donner, malgré la difficulté de la tâche, une justification cohérente de la condition de chacun. Il fallait, ne fut-ce que pour la satisfaction d'intérêts intellectuels, établir une théorie des droits relatifs du seigneur et du vassal sur le bien tenu en fief. Or, en ces temps troublés, il n'y avait qu'une sorte de gens qui pussent s'attacher à ce problème : les familiers du droit romain et du droit canonique.

vero illius rei ita ad accipientem transeat, ut ad eum haeredesque suos, masculos sive foeminas, si de his nominatim dictum fuit, in perpetuum pertineat ». Lib. II, titre XXIII, 1. La propriété reste au concédant, mais si la concession est faite à N... et à ses hoirs, il en sort un usufruit *perpétuel*. Plus loin, les *Libri feudorum* parlent de *potestas utiliter agendi*, L. II, t. XLIII.

1. La compagnie d'ordonnance se composait de cent « lances fournies », c'est-à-dire de cent groupes de six hommes.

Dans quel embarras n'allaient-ils pas tomber ! Aux jurisconsultes romains avait suffi la notion claire du *dominium*, tardivement et occasionnellement restreinte par l'usufruit, et assortie de quelques rares servitudes. Voici que maintenant la propriété s'éparpille et que les droits sur les fonds se diversifient à l'extrême. Une terre est rattachée à celui-ci comme seigneur, à celui-là comme vassal, à celui-là encore comme censitaire, pour prendre une situation réduite à sa plus simple expression, en admettant que la chaîne féodale comporte le minimum de maillons, et ceci à temps, à vie durant ou héréditairement. Que de situations différentes, et quel ensemble complexe !

Les services d'ost et de cour ayant quitté le premier plan, les juristes entreprirent d'abord de distinguer le fief des tenures à titre onéreux. Quel pourrait en être désormais le caractère original ? Les auteurs recherchèrent des comparaisons dans le droit romain, et, pour leurs besoins, lui empruntèrent certains textes relatifs aux droits de l'emphytéote¹, en dénaturant beaucoup leur portée, peut-être un peu volontairement, pour en tirer une théorie du domaine direct et du domaine utile. Or les Romains n'accordent nullement ce domaine utile à l'emphytéote : ils ne considèrent pas l'emphytéose comme une vraie aliénation. C'est le louage à long terme d'une terre inculte à défricher, moyennant une faible redevance annuelle : le canon.

L'empereur Zénon (477-484) avait tranché tout de même, quoiqu'assez mal, la question de savoir si c'était une vente ou un louage ; sa constitution dispose que c'est un contrat spécial : le canon reste dû tout entier malgré la perte partielle de la chose, et disparaît en cas de perte totale². Que la perte totale libère l'emphytéote, il y a là un argument en faveur de l'idée de louage ; que la perte partielle ne nuise pas au concédant, il y a là un argument en faveur de l'idée de vente. Cette règle aboutit à mettre l'emphytéote dans une situation particulière. Justinien

1. Dig., VI, 3, 1, 1 ; XI, 61, 12 ; XLI, 2, 16 ; XLIII, 18, 1, 6.

2. Code de Justinien, 4, 66, 1.

fondit en une seule institution l'emphytéose et le louage de l'*ager vectigalis* ; l'emphytéote qui cédait son droit dut aviser le propriétaire et l'inviter à opter entre l'achat par priorité et la perception d'un droit d'un cinquantième, soit 2% sur le prix (*laudemium*)¹ ; en outre, si l'emphytéote cessait de payer le canon pendant trois ans, son droit s'éteignit². L'emphytéose donne ainsi naissance à un droit réel aliénable et transmissible, dont la sanction est une action élargissant le cadre de l'action directe théorique, une *actio in rem utilis*. Cette action permit aux glossateurs³ d'induire que l'emphytéote avait une propriété, un domaine « utile ».

Le canoniste Hostiensis (Henri de Suze, cardinal d'Ostie) expose, au XIII^e siècle⁴, que la propriété demeure au concédant et qu'il y a seulement charge d'un usufruit héréditaire ; il ajoute cependant que l'on peut dire, à ce qu'il semble, que le possesseur a un domaine utile à l'exemple des superficiaires et des emphytéotes. Il ne cache pas que son maître Jacobus de Almenga enseigne encore que le domaine utile est une chimère.

Il était assez osé de passer du droit réel à la propriété⁵ mais il fallait construire une théorie, et la physionomie de l'emphytéose était tentante⁶.

1. Code de Justinien, 4, 66, 3.

2. Code de Justinien, 4, 66, 2.

3. Pour l'école des glossateurs, notamment au XIII^e siècle, cf. Landsberg, *Die glosse des Accursius u. ihre Lehre von Eigenthum*, Leipzig, 1883, p. 90 et suiv. Pour la seconde renaissance romaine, dans la première moitié du XVI^e siècle, cf. Alciat, *Commentarii in Digesta*, ad L. XVII, De adq. vel am. poss. (éd. Bâle, 1582, t. I, p. 1468). M. Meynial a recherché les origines lointaines de la théorie de la disjonction de la propriété en domaine direct et en domaine utile, dans ses *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé* (*Mélanges Fitting*, 1908, t. II, p. 409 et suiv.).

4. *Summa decretalium, tit. de feudis*, éd. Lyon, 1517, f° 271, cité par Esmein, *Histoire du droit français*, 11^e éd., 1912, p. 242 notes 1 et 2.

5. Au XVI^e siècle Cujas (*Paratitla in libros IX codicis Justiniani*, IV, LXVI, dans ses *Opera priora*, t. II, p. 167 ; *Observationes*, L. VII, chap. IV, dans ses *Opera priora*, t. III, p. 183) et Doneau (*Commentarii de jure civili*, L. IX, chap. XIII, 11, éd. Florence, 1841, t. II, col. 1329 et suiv.), cités par Garsonnet, *op. cit.*, p. 155, ne voient dans le droit de l'emphytéote qu'un *jus in re aliena*. Adde Cujas, *De feudis*, L. I, pr., *Opera priora*, t. II, p. 593.

6. Le président Bouhier écrit sur les Coutumes du duché de Bretagne, chap. 37, n° 55 (commentaire paru en 1742 et 1746) : « On doit convenir que le fief ressemble tellement à l'emphytéose, qu'on peut dire que l'emphytéose a fourni l'idée du droit des fiefs ; en effet, il y a si peu de différence entre l'un et l'autre, que les anciens, qui n'avaient pas encore subtilisé sur ces matières, confondaient souvent ces deux espèces de contrats ».

Quoiqu'il en soit, l'idée de la décomposition de la propriété en domaine direct et domaine utile se fit jour. Cela était loin du *dominium* indivisible de l'époque classique romaine mais donnait tout de même une construction d'école qui plaçait à côté du *dominium directum*, un *dominium utile* ; les Bartolistes iront plus loin que les glossateurs et verront en ce dernier mieux qu'un *quasi-dominium*¹.

Si Placentin² parle de domaine utile, c'est surtout pour fonder en pratique l'action en revendication. Mais Azon³ quitte déjà ce point de vue et s'attache davantage au concept que le domaine utile est un *dominium*. L'extension du *dominium*, le tour réaliste des esprits rapprochent extrêmement les notions de domaine utile et d'usufruit. Les théoriciens sont d'ailleurs gênés par la réminiscence du domaine unitaire romain ; l'usufruit perpétuel accordé au feudataire par les *Libri feudorum* était déjà autre chose que l'usufruit viager romain ; à plus forte raison la transformation en *dominium utile* même analysé en usufruit causal, concret⁴, est plus choquante encore.

Les Bartolistes abandonnent tout à fait l'idée que le domaine utile est seulement un *quasi-dominium* ; ils en font un droit indépendant et lui attribuent une grande valeur. Il est curieux d'observer que sa parenté naturelle avec l'usufruit fait participer celui-ci à la même élévation⁵.

Toute cette évolution aboutissait, en fin de compte, à reconnaître plusieurs propriétaires pour une seule chose, mais sans indivision puisque leurs droits n'étaient pas de même nature. Les juristes vont tomber presque tous d'accord pour voir dans le fief un démembrement : le seigneur retient un domaine direct, et le vassal acquiert un domaine utile. Ce nouveau vocabulaire procure une certaine satis-

1. P. Masson, *Contribution à l'étude des rapports de la Propriété et de l'Usufruit chez les Romanistes du moyen-âge et dans le droit français*, thèse, Dijon, 1933, p. 16 et suiv. De même l'usufruit devient *pars dominii*.

2. P. Masson, *op. cit.*, p. 73.

3. P. Masson, *op. cit.*, p. 75.

4. Comme le fait J. de Révigny. Cf. Meynial, *op. cit.*, p. 427, et P. Masson, *op. cit.*, p. 86 et 87.

5. Meynial, p. 443.

faction, d'autant plus qu'il comprend l'emphytéose et s'étend à la censive. Mais ces romanistes ne pouvaient pas, à nouveau, ne pas se demander laquelle des deux propriétés était la véritable ; pour résoudre cette question il leur fallait se tourner vers la réalité, considérer la condition réelle du concédant et du concessionnaire et quels étaient leurs pouvoirs respectifs sur le fonds. La doctrine s'entremêlait avec la pratique.

Mais si le droit du vassal venait de se fortifier au point de devenir plus qu'un droit réel, une espèce de propriété, il était fatal que l'on assistât à une transformation inverse du droit du seigneur ; déjà atteint par ce démembrement, il allait être menacé de plus en plus d'une véritable expropriation. Le vassal apparut peu à peu comme le titulaire des avantages réels de la propriété. Le domaine direct sembla se résorber en une simple servitude sur la propriété d'autrui, du vassal. La même évolution se dessina dans les rapports du censier et du censitaire. Aussi l'on peut dire, d'une façon générale, que le propriétaire, d'abord indiscuté, vit ensuite son droit se décomposer et se réduire entre ses mains, et finalement tendre à passer entièrement dans celles du tenancier, aux approches de la Révolution de 1789.

Après l'apparition de la théorie des deux domaines, pendant une première période jusqu'au XIV^e siècle, on continua à considérer le seigneur comme le vrai propriétaire, ainsi qu'autrefois.

Voici ce qu'en dit Dionysius Pontanus (Denis Dupont)¹, commentateur de la Coutume de Blois au XVI^e siècle : « *In primis constat dominium nihil aliud esse quam id jus, quo res mea dicitur, ut ait Baldus ... Id autem duplex est, directum et utile. Directum, id est, quod verum, proprium ac principale dominium est. Quo fit ut cum dominium simpliciter nominamus, de directo intelligendum sit, teste Bartholo,*

1. *In consuetudines Blesenses commentarii, Parisiis*, 1677, art. XXXIII. La première édition (posthume et incomplète) est de 1556. Du Moulin (cité par Camus et Dupin, *Lettres sur la profession d'avocat*, Paris, 4^e éd., 1818, t. II, p. 204) dit en parlant de Dupont : « *vir optimus et doctissimus* ».

post Accursium ... , cui etiam directo dominio proprietatis tantum appellatio convenit et nunquam utili ... Aliud autem est utile dominium quod a directo dependet, illudque velut recognoscit ». Dupont admet donc la dualité du domaine, mais il affirme que l'appellation pure et simple de « domaine » doit s'entendre uniquement du domaine direct. Il doit cependant sentir en lui-même ou chez ses contemporains, un doute à ce sujet, puisqu'il fait appel à l'autorité de Bartole et d'Accurse. Il précise bien que seul le domaine direct est la propriété.

Quant à l'illustre du Moulin (1500-1566), il définit le contrat de fief¹ comme la concession bénévole, spontanée et perpétuelle d'un immeuble, ayant pour effet la « *translatio utilis domini, proprietate retenta* », c'est-à-dire la translation du domaine utile, la propriété étant retenue². Plus loin il précise qu'il ne considère pas la décomposition du domaine comme essentielle au contrat du fief³; il n'attribue cette qualité qu'au devoir de foi⁴. Il semble donc bien qu'au moins théoriquement il donne au domaine direct une valeur prépondérante; dans sa préface⁵ sur le titre des fiefs de la coutume de Paris, il écrit : « *Certum est rei beneficiariae in feudum traditae non transire directum dominium in clientem seu vassalum, sed remanere proprietatem penes dominum, et solum transferri in clientulum quoddam utile dominium, quod est adeo debile, ut in usibus feudorum reputetur usus-fructus, imo ad comparationem directi domini nihil fere reputatur* ». Néanmoins, en d'autres occasions, il souligne

1. *Opera quae extant omnia, Parisiis, 1681, Commentarii in consuetudines Parisienses, t. de feudis*, n. 114 (t. I, p. 22).

2. Garsonnet, *op. cit.*, p. 298, rapporte : « translation de la propriété utile et rétention de la directe »; la phrase de du Moulin est ainsi déformée, car la propriété change de camp, et le seigneur ne recueille qu'une directe de contour imprécis. Nous trouverons dans notre bon Pothier un précurseur en cette façon de traduire et de trahir du Moulin.

3. Du Moulin, *op. cit.*, n. 115 (t. I, p. 23). Il a tenté une analyse juridique consistant à considérer les deux domaines comme deux droits conditionnels.

4. Par conséquent le plein domaine pourrait être transféré par la concession de fief, si c'était l'intention formelle des parties.

5. Nos 9 et 10. Ailleurs, il voit dans le droit du vassal : « *servitus quaedam aut quasi servitus* », titre I, art. 1, gl. 5, n° 1, *op. cit.* (t. I, p. 169).

que cette survivance romaine ne répond plus d'une manière satisfaisante à la pratique coutumière¹.

D'Argentré au contraire pense que la décomposition du domaine est essentielle à la formation du contrat de fief.

Les commentaires de du Moulin et d'Argentré sur les Coutumes de Paris et de Bretagne, au titre des fiefs, sont devenus les ouvrages fondamentaux sur la matière de la propriété féodale, tant en raison de l'époque de leur confection qu'en raison de la valeur incomparable de leurs auteurs. Tous ceux qui traiteront du sujet pendant les XVII^e et XVIII^e siècles ne manqueront pas de rappeler leur enseignement, et plus particulièrement encore celui de du Moulin.

Cujas (1522-1590), grand maître de la seconde renaissance romaine, adopte une position nette : « *Feudum est jus fundo alieno utendi fruendi* »². Posséder en fief, c'est être usufruitier du fonds d'autrui.

En 1640, de Caseneuve continue à s'appuyer sur l'autorité des glossateurs et des Bartolistes, et il conclut encore, après force citations : « En matière d'inféodation, la propriété demeure au pouvoir de celui auquel appartient la seigneurie directe »³.

A la fin du XVII^e siècle, la théorie donne des signes de fatigue. Le droit du vassal est pour Chantereau : « une vraie propriété successive et héréditaire, quoiqu'en disent les feudistes »⁴.

Le mouvement des idées reprend donc et l'on se met à regarder le seigneur et le vassal comme propriétaires tous deux. Voici ce qu'expose, à propos du fief, Hévin, feudiste breton : « Soit du côté du seigneur, soit du côté du vassal il n'y a point de servitude, et l'un ne jouit point de ce qui

1. Nous nous réservons de produire un autre passage de du Moulin où le domaine utile est présenté comme la propriété coutumière ; *infra*, p. 170. La pratique était en avance sur le droit, au point d'être en contradiction ; du Moulin sait bien ce qu'on dit du vassal, *quem vulgo vocant proprietarium*.

2. *Opera priora, de feudis, I, prooemium* (t. II, 2^e partie, p. 593).

3. De Caseneuve, *Le franc-alleu de la province de Languedoc* (1640), éd. de 1645, p. 84.

4. Chantereau Le Fèvre, *Traité des fiefs et de leur origine*, Paris, 1662, in-fol. p. 41.

est à l'autre à titre de servitude. Le seigneur retient la seigneurie directe à cause de laquelle il a tout ce qu'elle contient, la foi, l'hommage, le rachat, les rentes et devoirs... « *non jure servitutis, sed jure primævo retento seu jure domini directi* », et le vassal a la seigneurie utile et la propriété avec les avantages qu'elle contient et n'en perçoit pas les fruits par droit de servitude imposée sur les biens de son seigneur ; il en jouit « *jure suo, jure proprietatis et perpetuo* » ce qui est absolument opposé et contraire à l'usufruit servitude¹. On saisit l'opposition de cette doctrine avec celle de du Moulin et de Cujas.

Enfin, une troisième période s'ouvre au XVIII^e siècle², et le vassal va être présenté de préférence comme le vrai propriétaire. Il en est de même, à plus forte raison, du censitaire³. Nous citerons la définition que donne du fief Hervé : « concession faite en échange d'une reconnaissance toujours subsistante qui doit se manifester de la manière convenue »⁴. Hervé est à l'extrême limite de l'ancien régime : son ouvrage comporte 8 volumes et 6 seulement se trouvaient publiés au début de la Révolution. Or, que constatons-nous ? Sa définition est vague à souhait ; elle est même vide de toute substance. Dans l'esprit d'Hervé, le vassal est plutôt un véritable propriétaire, dans le sens que nous

1. Hévin, *Questions concernant les matières féodales sur la Coutume de Bretagne, actes de notoriété*, etc... Rennes, 1736, IV, n° 18, p. 127. Cet auteur écrivait à la fin du XVII^e siècle.

2. Reproduisons aussi l'opinion de Fourré, avocat du roi au présidial de Blois, cité par M. Grandclaude dans son *Cours de doctorat* 1933-34 (p. 355), qui écrit encore, sous l'article 33 de la Coutume de Blois, que « le domaine est double, l'un direct... le vrai, le propre, le principal domaine, c'est celui en effet auquel le titre de propriétaire convient et à celui-là seul ». Les commentaires de Fourré sur les coutumes générales du pays et comté de Blois ont paru en 1777, 2 vol. in-4.

3. Le censitaire est déjà nommé propriétaire depuis longtemps (cf. article 105 de la nouvelle Coutume d'Orléans, 1583). Preudhomme le désigne comme « propriétaire, véritable maître de l'héritage... seigneur de la propriété » et proteste contre l'appellation de détenteur, parce que « le nom de détenteur dans sa propre signification ne suppose pas le propriétaire absolu et souverain », *Traité des droits appartenans aux seigneurs sur les biens possédés en roture*, 1781, p. 18 et 21.

4. Hervé, d'abord avocat au Parlement de Rennes, vint à Paris en 1777 et y publia, à partir de 1785, son *Traité des matières féodales et censuelles*, en 8 volumes. La définition que nous reproduisons se trouve au t. I (1785), p. 372.

donnons aujourd'hui à ce mot ; quant au droit du seigneur, il se réduit à la reconnaissance, de la manière convenue, et peut donc se limiter à une manifestation purement formelle ; l'obligation qui pèse sur le vassal pris en sa qualité de possesseur de fief, vis-à-vis de son seigneur, possesseur du fief dominant, aura tout de même encore, généralement, de la consistance, mais le domaine direct ne semble pas survivre indemne : il tend à se résorber en une charge, en une servitude¹. Hervé insiste très vivement en ce sens à propos de la censive².

Il faut également consulter le feudiste qui s'inscrit en dernier, avec Hervé, comme auteur sur la féodalité vivante, en 1789, et n'est d'ailleurs pas le plus négligeable ; nous voulons parler d'Henrion de Pansey³. Celui-ci continue à s'appuyer sur l'idée de domaine utile suggérée aux glossateurs par les passages du Digeste relatifs à l'action utile de l'emphytéote⁴. Il rapporte avec beaucoup de détails la discussion qui s'éleva en 1724, à propos de l'érection en marquisat relevant de la tour du Louvre, c'est-à-dire du roi qui y avait son principal manoir, de fiefs mouvant auparavant du marquisat de Château-Renaut ; il s'agissait de savoir si le roi pouvait ainsi exproprier le marquis de Château-Renaut de sa mouvance ; pour l'affirmative, les jurisconsultes

1. De la Poix de Fréminville, Pocquet de Livonière, Preudhomme considèrent volontiers aussi que le vassal est effectivement propriétaire. Nous rapporterons leur opinion plus loin, à propos du fief, p. 89 et 90.

2. Il écrit que si les vieux actes ne transmettaient pas la propriété, « il ne s'ensuit pas que le droit du preneur n'ait pas changé de nature et d'objet, qu'il n'ait pas plus d'étendue qu'il n'en avait alors, et que les expressions primitives aient toujours la même acception » (t. V, p. 79) ; « les vieux mots : droite seigneurie, directe seigneurie, appropriés aux seigneurs, les vieilles défenses faites aux censitaires de détériorer les biens qu'ils tiennent à cens, ne prouvent point qu'ils n'aient qu'une simple propriété utile et usufruitière » (p. 88).

3. Henrion de Pansey, avocat au Parlement de Paris, publia à Genève, en 1769, un *Eloge de Dumoulin* fait pour la conférence publique des avocats, puis à Paris, en 1773, le *Traité des fiefs de Dumoulin, analysé et conféré avec les autres feudistes*, 1 vol. in-4, et en 1789, ses *Dissertations féodales*, 2 vol. in-4. C'est un esprit libéral, imbu de la philosophie du siècle (le ton seul de son *Eloge de Dumoulin*, reproduit en tête du *Traité des fiefs*, p. 1 à 20, est convaincant). Il devint plus tard conseiller d'Etat et président à la Cour de cassation.

4. *Dissertations féodales*, t. I, p. 270.

montrent la grande valeur du domaine direct ; ensuite ils s'emploient à le faire remonter entièrement au roi grâce à la théorie qui le constitue souverain fief de la royauté. Voici ce qu'ils disent pour souligner l'éminence du domaine direct : « Le domaine direct est celui qui appartient au seigneur sur le fief de son vassal : le domaine utile est celui qui appartient au vassal lui-même. *Le domaine direct conserve au seigneur la propriété du fief sorti de ses mains ; propriété plus noble et plus parfaite que celle du vassal, qui n'a que le droit de percevoir les fruits à des charges fort onéreuses ...* L'éminence du droit de propriété dans la personne du seigneur se reconnaît à toutes les règles qui subsistent actuellement en matière de fiefs. Premièrement, les vassaux n'entrent véritablement en possession de leurs fiefs, que quand ils se sont adressés au seigneur qui, par l'admission en foi, les en a investis. Secondement, s'ils manquent à ce devoir, le seigneur, par la saisie féodale, réunit le domaine utile au domaine direct qu'il a conservé, et perçoit lui-même les fruits en vertu du droit primitif qu'il avait avant l'inféodation. Troisièmement, le vassal est obligé de donner au seigneur un aveu et dénombrement, pour marquer qu'il tient de lui tout ce qui y est compris. Quatrièmement, dans toutes les mutations, excepté celles qui arrivent en directe, le seigneur perçoit une partie des fruits du fief servant, comme une suite de sa propriété ; *enfin, le vassal ne peut dégrader ni affaiblir son fief sans le consentement du seigneur* »¹. Henrion de Pansey ne critique aucunement ces données, il indique seulement qu'en cette affaire on répondait que les droits des seigneurs médiats étant patrimoniaux et tirant leur source de sous-inféodations légitimes devaient être respectés.

De même, en une matière qui sort actuellement de notre sujet, la propriété des biens communaux, il y avait lutte entre les villageois et les seigneurs ; ceux-ci prétendaient que les villageois étaient leurs tenanciers, usagers par concession, et que les terres étaient leur propriété, données

1. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, t. II, p. 315 et 316.

en possession précaire moyennant un cens ou une redevance quelconque. Henrion de Pansey, ici encore, travailla à établir la propriété des seigneurs¹.

Enfin, citons ce qu'écrivit, en résumant les feudistes et sans forcément prendre à son compte leurs affirmations, Merlin, dans son *Répertoire* : « Les seigneurs, ont dit les feudistes, étaient autrefois propriétaires de tous les héritages situés dans leurs territoires respectifs ; dans la suite, ils en ont inféodé ou accensé une partie à leurs vassaux ; mais le domaine direct de ces fonds demeurant toujours dans leurs

1. « Chaque procès gagné par un seigneur était un progrès pour tous ; les ouvrages féodaux en font foi ; le dernier, et assurément l'un des plus respectables des feudistes, dut à un triomphe de ce genre son éclatante réputation ; les habitants des campagnes lui doivent aussi un de leurs plus terribles désastres. Henrion de Pansey, avocat du comte de Pont de Rennepont, dans un procès qu'il soutint contre les communes de Roche, Cultru et Bétaincourt, établit et développa la doctrine funeste du cantonnement ; son mémoire accueilli avec enthousiasme par l'administration forestière, fut imprimé aux frais de l'Etat ; les théories de ce mémoire... furent converties en loi par les dispositions révolutionnaires, et n'ont pas peu contribué à dépouiller les communes des droits que la chicane des seigneurs leur avait laissés », Championnière, *De la propriété des eaux courantes*, Paris, 1846, p. 343.

Championnière, pour établir le droit des riverains sur les cours d'eau, s'est livré à des développements historiques formant la majeure partie de son ouvrage ; son opinion, qui attribuait aux riverains la propriété des petites rivières (non domaniales), contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, a été entérinée par la loi du 8 avril 1898 (art. 3). Signalons qu'en matière de cours d'eau navigables et flottables la législation de l'ancien régime intervient encore aujourd'hui : en effet, la loi précitée, dans son article 45, et la loi du 16 octobre 1919, dans son article 29, reconnaissent, alors que les concessions d'usines hydrauliques peuvent être révoquées sans indemnité, que l'« existence légale » ancienne de certaines usines, dites encore « fondées en titre », entraîne, par contre, droit à indemnité en cas de suppression. Il s'agit d'usines existant avant 1566, ou vendues à titre de biens nationaux pendant la Révolution, ou ayant été « engagées » avant 1789, ou encore comprises dans les dotations d'établissements religieux. Il en résulte que l'on plaide encore actuellement en invoquant de vieux textes ; pour ne citer qu'une espèce, un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, du 5 décembre 1935, vient de refuser de faire droit à la demande d'indemnité d'un propriétaire de moulin asséché par les travaux d'une société concessionnaire de chute d'eau, parce que son plus ancien titre (dénombrement seigneurial), apparaissait seulement à partir de 1567, alors que, dit la Cour, le principe de l'imprescriptibilité du domaine royal est contenu solennellement dans l'édit de Moulins de 1566 — étant fait observer que si les rivières navigables et flottables ont été classées dans le domaine royal, par l'ordonnance de 1669, sur les Eaux et Forêts, une ordonnance de 1683 a fait expressément remonter l'effet de cette disposition en 1566, ce qui fut confirmé par la loi des 22 novembre-1^{er} décembre 1790 (voir aussi la loi du 14 ventôse, an VII, art. 1^{er}). On aperçoit ici sur le vif l'intérêt qu'il y a à ce que la pratique juridique soit éclairée non seulement par la théorie mais aussi par l'histoire juridique.

maines, ceux-ci n'ont jamais pu, et ne peuvent pas encore se dire propriétaires dans toute l'étendue de ce mot ; par conséquent a-t-on ajouté, il ne peut pas être en leur pouvoir de transférer leurs droits à des tiers, sans l'intervention des seigneurs »¹.

Quelle a donc été la position de Pothier, dont les écrits sur notre droit s'espacent de 1760 à 1772 ? C'est ce que nous allons rechercher.

Toutefois, avant de clore cette vue rapide de l'évolution doctrinale quant à la propriété féodale, nous sommes amené à constater qu'au XVIII^e siècle on porte un très vif intérêt à ces questions. Il est impossible de dire que ces matières aient été négligées. Bien au contraire, outre les ouvrages d'Hervé et de Henrion de Pansey que nous avons particulièrement mentionnés, la dernière période de la monarchie en a vu apparaître beaucoup d'autres sur ce sujet, en même temps que les quelques traités anciens se rééditaient.

Voici l'énumération des principaux :

1727 *Nouvel examen de l'usage général des fiefs en France, pendant les XI^e, XII^e, XIII^e et XIV^e siècles*, par Brussel, Paris, 2 volumes in-4.

1729 *Traité des fiefs*, par Pocquet de Livonière, Paris, in-4².

1729 *Traité des fiefs*, par Billecoq, Paris, in-4.

1731 *Traité de l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*, par de Salvaing, Grenoble et Avignon, in-fol. (2^e édit., première en 1668).

1733 2^e édition du *Traité* de Pocquet de Livonière.

1736 *Questions concernant les matières féodales sur la coutume de Bretagne*, par Hévin, Rennes, in-4.

1738 et suiv. *Traité des matières féodales, tant pour le pays coutumier que pour celui de droit écrit*, par Guyot, Paris, 7 volumes, in-4.

1741 3^e édition du *Traité* de Pocquet de Livonière.

1. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, au mot *nantissement*. Merlin (1754-1838) est un des hommes qui ont le plus travaillé à l'abolition de la féodalité, au sein des assemblées révolutionnaires.

2. Pocquet de Livonière, ancien professeur de droit français, et conseiller au présidial d'Angers, était mort le 21 mai 1726.

- 1741 *Traité des droits seigneuriaux, et des matières féodales*, par de Boutaric, Toulouse, in-4.
- 1745 2^e édition du précédent, avec des notes par Sudre, avocat au Parlement de Toulouse, in-8.
- 1746 *Traité de la perfection et confection des papiers terriers*, par Bellami, Paris, in-4.
- 1746 *La pratique universelle pour la rénovation des terriers et des droits seigneuriaux*, par de la Poix de Fréminville, bailli de la Palisse, commissaire aux droits seigneuriaux, Paris, in-4.
- 1749 2^e édition du *Traité* de Billecoq, avec des notes et des augmentations considérables par Boucher d'Argis.
- 1749 *Introduction aux droits seigneuriaux, contenant les définitions des termes*, et un *Recueil de décisions choisies*, par la Place, Paris, in-12.
- 1750 2^e édition du *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, par Brussel.
- 1752 et suiv. 2^e édition, considérablement augmentée, de l'ouvrage de la Poix de Fréminville, en 5 volumes in-4 cette fois : I 1752, II 1759, III 1753, IV 1754, V 1757.
- 1753 *Institutes féodales, ou des fiefs et censives, et droits en dépendant* (abrégé de l'ouvrage de Guyot), Paris, in-12.
- 1756 4^e édition du *Traité* de Pocquet de Livonière.
- 1756 *Jurisprudence observée en Provence sur les matières féodales et les droits seigneuriaux*, par de la Touloubre, Avignon.
- 1757 *Dictionnaire des fiefs et autres droits seigneuriaux*, par la Place, Paris, in-8.
- 1763 *Traité des fiefs*, par Jacquet, Paris, in-12.
- 1765 2^e édition du *Dictionnaire* ci-dessus, complété par Renauldon, in-4.
- 1765 2^e édition du *Recueil* de la Touloubre, 2 volumes in-8.
- 1765 *Traité historique et pratique des droits seigneuriaux*, par Renauldon, Paris, in-4.
- 1768 2^e édition, augmentée, du *Traité* de Guyot, 7 volumes in-4.
- 1768 *Traité du droit commun des fiefs*, par Goetzmann, Paris, 2 volumes in-12.

- 1768 *Traité du franc-alleu*, par Furgole¹, Paris, in-12.
 1771 5^e édition du *Traité* de Pocquet de Livonière.
 1773 *Traité des fiefs de Dumoulin, analysé et conféré avec les autres feudistes*, par Henrion de Pansey, Paris, in-4.
 1776 *Traité des fiefs, censives, relevoisons et champarts*, par Pothier, 2 volumes in-12 (posthumes).
 1778 *Des droits de quint, lods et ventes*, par Fonmaur, Carcassonne.
 1781 *Traité des droits appartenans aux seigneurs sur les biens possédés en roture*, par Preudhomme, 1 volume in-4.
 1784 *Recherches et observations sur les loix féodales etc.*, par Doyen, Paris, in-8.
 1785 et suiv. *Traité des matières féodales et censuelles*, par Hervé, 8 volumes in-12.
 1789 *Dissertations féodales*, par Henrion de Pansey, 2 volumes in-4.

En parcourant cette production, nous voyons donc que dans les soixante dernières années de l'ancien régime, en plus des œuvres générales de droit et des commentaires de coutumes où il est aussi traité abondamment des matières féodales, les ouvrages spéciaux se sont succédé sans discontinuer, formant une masse extrêmement importante.

L'intérêt porté à ces questions provient certainement pour une part de ce que les esprits ont été à ce moment plus curieux de nos institutions féodales, originales dans leur essence, mais devenues d'autant plus attirantes qu'elles s'étaient dépouillées, depuis plusieurs siècles, de leur raison d'être originaire, pour ne garder que certains traits particuliers, dans les obligations des vassaux et censitaires envers les seigneurs. On pourrait croire que celles-ci auraient du être atteintes de la même désuétude ; il n'en fut rien, et ceci explique aussi pour une grande part cette floraison d'ouvrages féodaux dont les uns sont des dissertations histo-

1. Indiquons aussi les ouvrages antérieurs de Galland, *Du franc-aleu et origine des droits seigneuriaux*, 1629 et 1637, in-4 (Galland est anti-allodial), et de Caseneuve, *Le franc-alleu de la province de Languedoc*, établi et défendu par Pierre de Caseneuve, Toulouse, 1640 (anonyme) et 1645, in-fol. Ce dernier répond aux attaques de Galland.

riques ou doctrinales, et les autres des guides pour la pratique¹.

On assiste en fait, au XVIII^e siècle, à une véritable reviviscence des droits seigneuriaux ; les seigneurs menaient pour le plus grand nombre une vie brillante loin de leurs domaines, et l'épuisement rapide de leurs revenus, la dépréciation des monnaies ne les poussaient guère à l'abandon des droits pécuniaires qui subsistaient entre leurs mains. Non seulement ils les maintenaient, mais ils cherchaient même à les développer, à les réveiller, en revendiquant des prestations que leurs ancêtres avaient laissé cesser soit par ignorance, soit en l'absence des titres, soit par bienveillance ou tolérance. Ils furent aidés dans cette tâche par les juristes, dont on peut détacher, par exemple, de la Poix de Fréminville, dont l'ouvrage paru pour la première fois, nous l'avons dit, en 1748 avec, faut-il croire, quelque succès, puisqu'il reparut avec des augmentations peu de temps après, est on ne peut plus suggestif ; le titre même est une offre de services : *La pratique universelle sur la rénovation des terriers et des droits seigneuriaux*. Ajoutons encore que de la Poix de Fréminville² a laissé la réputation d'un érudit, et que ses conseils ont du porter leurs fruits ; il a effectivement rénové lui-même un grand nombre de terriers.

Par ailleurs, l'ère de prospérité économique du XVIII^e siècle eut des répercussions défavorables aux petits agriculteurs et aux ouvriers ; si la hausse des prix des marchandises ne fut pas suivie d'une élévation correspondante des salaires des ouvriers, la valeur des fermages par contre monta. Selon la qualité des terres, les paysans devaient abandonner en droits féodaux 15 à 26 % de la valeur de

1. Les praticiens avaient d'ailleurs grand soin de rechercher l'origine historique des institutions, qui pouvait être d'un grand poids comme motif de décider d'un point discuté.

2. De la Poix de Fréminville, né en 1680, mourut en 1773. Il remarque que les terriers des xv^e et xvi^e siècles sont « communément extrêmement bien travaillés », que ceux du xviii^e siècle « sont presque tous de très mauvais ouvrages », et il en conclut : « Il arrive souvent et avec raison, qu'un commissaire habile qui fait une rénovation, et qui la veut bien faire, choisit l'ancien terrier pour la base de son ouvrage », *op. cit.*, éd. de 1746, p. 214. L'imprescriptibilité des droits seigneuriaux en permettait la résurrection.

leurs produits¹. Il faut remarquer que les modestes cultivateurs employaient à leur consommation personnelle la plus grande part (pour laquelle par conséquent la hausse des prix leur était sans profit), et avaient ainsi à faire face, avec le peu dont ils disposaient, à des charges féodales augmentées, et à leur approvisionnement du dehors (vêtements, menues denrées etc.) aux nouveaux prix.

II. *La saisine*

Sur l'histoire de la possession dans notre ancien droit, règnent des théories d'une grande diversité ; l'influence des antécédents romains, germaniques et normands, les contours vagues et mobiles des institutions, la facilité de la langue autorisent tous les doutes.

Il n'est pas toutefois sans intérêt de jeter un coup d'œil en cette matière, qui est reliée par certains points à la conception féodale de la propriété, dont elle se séparait mal dans les premiers temps : « La forme ou l'extériorité de la propriété, la possession en un mot n'est pas, comme on l'a trop superficiellement prétendu, une notion élevée artificiellement par des juristes et des procéduriers autour de la propriété et pour la défendre : c'est le résidu des vieilles façons de voir, c'est un produit organique. La notion possessoire a été l'enveloppe trop large et trop flottante abandonnée par le droit réel lorsqu'il s'est clarifié en quelque sorte et condensé dans la notion pétitoire pure »².

1. Cf. Labrousse, *Esquisse du mouvement des prix et des revenus en France au XVIII^e siècle*, 2 vol. in-8, Paris, 1933. Voir aussi Taine, *Les origines de la France contemporaine*, t. I, l'Ancien Régime, Paris, Hachette, 1877, p. 456 et suiv. ; p. 542, Taine donne le tableau extrait des procès-verbaux des assemblées provinciales (1778-1787), des impôts directs royaux : taille et accessoires, capitation taillable, impôt des routes. Il en déduit qu'en moyenne un revenu net de 100 francs se répartissait comme suit :

Impôts directs royaux	53 fr. 15
Dîme ecclésiastique	14 fr. 28
Droits féodaux	14 fr. 28

Total : 81 fr. 71

Reste au paysan : 100 fr. — 81 fr. 71 = 18 fr. 29

2. E. Champeaux, *Essai sur la vestitura ou saisine, et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, thèse, Paris, 1898, p. 52.

La saisine fut à un certain moment la mise en possession, la remise matérielle de la chose, ou la tradition symbolique par l'investiture ; elle servit ensuite à exprimer la situation de la personne qui reçoit une chose pour en disposer à son propre compte. La possession fut protégée en elle-même soit pour éviter les violences de personne à personne, soit pour procurer une certaine sécurité à la propriété ordinairement placée derrière la possession. La séparation de la saisine et du droit de propriété se manifeste de bonne heure en matière de procédure, où des moyens possessoires apparurent à l'exemple de ceux employés par la législation canonique¹, comme exceptions, fins de non recevoir, ou comme actions, dans le courant du XIII^e siècle. La simple détention se distingua ensuite de la possession caractérisée, comme autrefois à Rome, par le *corpus* et l'*animus*.

Cette saisine naissait par l'emprise de fait sur une chose, ou par la tradition matérielle (sauf pour les héritiers ou les possesseurs dépouillés). Toutefois, l'intervention seigneuriale ou judiciaire fut nécessaire au point de vue féodal ; l'obligation de l'ensaisinement par le seigneur subsista d'ailleurs pour le fief alors qu'elle disparaissait pour la censive. En outre, on accorda plus d'importance, à la fin du XIII^e siècle, à la possession qui s'était prolongée pendant un an, qu'on appela vraie saisine.

Les conséquences attachées à la possession s'étant ainsi compliquées, il est extrêmement difficile de discerner exactement quel fut le rôle de la saisine. L'ancienne école y voit un signe d'asservissement de la propriété² ; l'école d'Albrecht en fait le fondement des droits réels ; l'école d'Heusler considère la saisine tantôt comme une simple expression de la possession juridique, tantôt comme l'objet d'une protection spéciale.

1. L'Eglise opposa à la justice privée et aux guerres de particulier à particulier le principe « *spoliatus ante omnia redintegrandus* ». Le canon « *redintegrandus* » des fausses Décrétales ne concernait que les évêques dépouillés violemment de leurs sièges, mais les canonistes le généralisèrent. Cf. *Corpus juris canonici*, éd. Ricker, 1839, t. I, p. 433 ; Viollet, *Précis de l'Histoire du droit civil français*, Larose et Ténin, Paris, 1905, p. 55 et suiv.

2. Cf. Alauzet, *Histoire de la possession et des actions possessoires*, p. 82. Les feudistes ont créé cette théorie.

La multiplicité des saisines ne facilite pas la solution de ce problème. Pour examiner une situation qui nous intéresse tout particulièrement, demandons-nous, lorsqu'un seigneur donne une terre en fief à un vassal qui la baille lui-même à cens, qui a la saisine. Est-ce le suzerain, le vassal ou le censitaire ? Voici ce que répond Champeaux :

« Quel est celui qui a la saisine ? Le critérium que nous avons précédemment posé nous oblige à répondre : c'est celui qui retire du bien son utilité. Reposons la question sous cette nouvelle forme.

« Quel est celui qui peut être considéré comme retirant du bien son utilité ? Nous sommes obligé de répondre : tous les trois. Il est certain qu'ils retirent tous trois une utilité du bien : le seigneur reçoit les services, le vassal un cens, le censier le fruit »¹.

Champeaux admet donc ici, pour un bien engagé le moins qu'il se peut dans la chaîne féodale, l'existence de trois saisines ; il accepte cette multiplicité parce que d'après lui elles ne se heurtent pas, relevant de trois cycles juridiques différents : la juridiction justicière, la juridiction féodale, la juridiction censuelle ou cottière². La seconde finit par être prépondérante vers le XIV^e siècle, et on assista à une grande confusion, assortie de la théorie de la saisine générale du roi, seigneur universel dans son royaume. En outre le développement du pouvoir royal installa peu à peu sur un même plan les saisines, en brisant les cycles juridiques antérieurs.

« Il semblerait avoir du résulter de cette confusion que deux saisines purent désormais exister sur un même bien dans un même cycle de droit. On évita cet inconvénient.

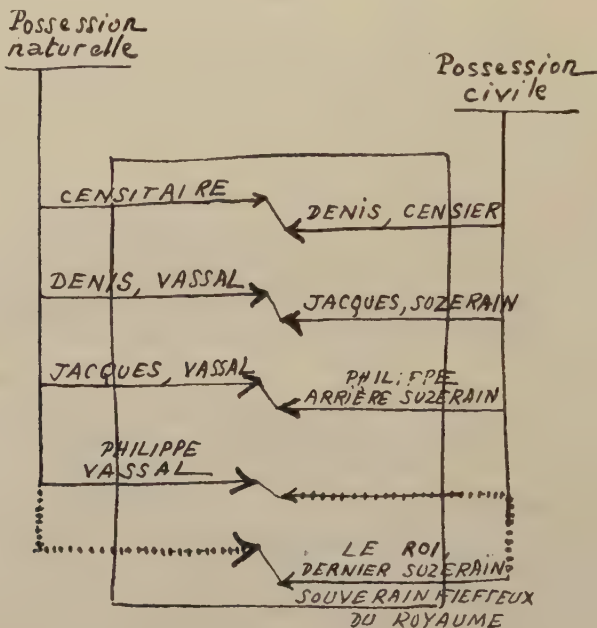
« Le moyen employé nous semble avoir été la division romaine du dessus et du dessous, du vide et du plein, du fonds et du tréfonds, etc. On considéra, à notre avis, que le bien immobilier était divisé en quelque sorte en deux parties : au propriétaire appartenait le dessous, au censier le dessus.

1. Champeaux, *op. cit.*, p. 120.

2. Heusler, *Gewere*, donne les trois appellations : *Landrecht*, *Lehrecht*, *Hofrecht*.

L'un eut la saisine civile, l'autre la naturelle ; plus tard, l'un le domaine direct, l'autre le prouffitable (*Grand Coutumier*¹, p. 204)².

Cette décomposition de la possession s'apparente étrangement, on ne peut le nier, à celle de la propriété ; car la division du bien en deux parties est insuffisante à embrasser l'ensemble des biens. On arrive à une hiérarchie des saisines analogue à la hiérarchie des personnes et des propriétés, et dont le schéma peut être le suivant :



Evidemment, il suffirait de remplacer les mots de possession naturelle et de possession civile par ceux de domaine utile et de domaine direct pour nous retrouver en face de la construction théorique des deux domaines. Aussi, selon Champeaux, l'unité de la saisine est maintenue dans

1. Le *Grand Coutumier de France*, compilation coutumière faite par Jacques d'Ableiges, a été terminé vers 1388. Edition Dareste et Laboulaye, Paris, 1868.

2. Champeaux, *op. cit.*, p. 143.

chaque cycle grâce à la conception particulière de la propriété féodale : l'avantage apparent à cette époque de la propriété étant la jouissance, l'*usus*, celui-ci peut être concédé à temps, alors que la propriété romaine, comportant l'*abusus*, ne peut être remise passagèrement¹. Et les saisines se trouvent différenciées par l'*animus*².

Mais les obligations pesant sur les tenanciers, d'origines si variées (impôts romains, redevances conventionnelles, frais d'investiture ou de publicité), furent considérées comme de simples signes de la propriété éminente des seigneurs. « Nous comprenons dès lors que les auteurs qui n'avaient approfondi ni le transfert du bien ni les justices aient poussé de hauts cris, et vu dans la saisine, avec Montesquieu, Guizot, Alauzet, de Parieu et tant d'autres, le signe de « l'asservissement de la propriété » »³.

Lorsque la propriété fut entièrement dégagée et mise à nu, la saisine cessa d'être surtout une propriété apparente, la possession continua d'être protégée, en vue d'éviter des difficultés de preuve et le retour des violences privées⁴.

Mais ce n'était plus là la très ancienne saisine, produit que l'on peut dire extra-juridique, considération concrète d'un temps où les états de fait, les maîtrises variées sur les choses suffisaient à la vie sociale, et tenaient lieu de droits⁵.

Ce n'était plus davantage la possession romaine, naturelle, mais la possession civile.

1. Un discernement semblable s'impose devant la juxtaposition possible des saisines ci-dessus et de celles du mari, du baillistre, de la douairière, etc...

2. Bartole (Digeste, 41, 2, 1, 1, glose 13), n'admet qu'une possession civile et une possession naturelle, quant au domaine, mais reconnaît une multiplicité de possessions naturelles quant à l'*usus*.

3. Champeaux, *op. cit.*, p. 215.

4. Les moyens employés n'ont guère varié : 1° présomption de propriété réservant le rôle de défendeur dans le procès au pétitoire ; 2° attribution d'actions possessoires ; 3° acquisition de la propriété par l'usucapion ; 4° acquisition des fruits s'il y a bonne foi.

5. Cf. Olivier-Martin, *Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, Leroux, t. II, fasc. I, 1926, p. 48.

DEUXIÈME PARTIE

Recherche de la position prise par Pothier

PRÉAMBULE

Nous nous appliquerons à relever, au point de vue particulier qui nous occupe, la doctrine de Pothier successivement dans les matières de l'alleu, du fief, de la censive et du champart, des tenures à long terme non féodales, de la rente foncière, et à propos de quelques sujets spéciaux. Nous examinerons ensuite quelles furent ses vues d'ensemble.

Les sources de cette étude seront principalement son ouvrage de 1760 : *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux, avec une Introduction générale aux dites coutumes, et des Introductions particulières à la tête de chaque titre*¹, et ses différents *Traités* publiés de cette époque jusqu'à 1772 et après sa mort.

Nos références seront tirées de l'édition des œuvres de Pothier donnée par Bugnet (Paris, Videcoq, 10 volumes in-8, Cosse et Marchal, Plon, 1861-1862, avec un volume supplémentaire contenant une table de J. Sirey)².

1. Ces Introductions sont de véritables petits traités sur les matières faisant l'objet de chaque titre de la Coutume.

2. Cette table est intitulée : *Table générale des matières, par ordre alphabétique*, et elle est suivie d'une table de concordance des articles des codes avec l'ouvrage de Pothier.

CHAPITRE PREMIER

L'ALLEU

Nous ne trouvons qu'une seule référence (IX, 117)¹ si nous consultons la table au mot de franc-allev. Celle-ci certainement a été composée dans la considération que l'ouvrage de Pothier constitue surtout un commentaire du Code civil. Sirey écrit en effet : « Son auteur a servi de guide et de modèle au législateur. Pothier seul peut nous donner le véritable sens d'un grand nombre d'articles ; aussi un éminent magistrat a-t-il pu dire : « On ne connaît pas le droit civil si l'on n'a pas lu et relu Pothier »².

Il n'y a donc pas lieu de nous étonner outre mesure de cette pauvreté ; transportons-nous donc, puisque l'allev c'est la pleine propriété, aux textes qui concernent celle-ci soit à l'*Introduction générale aux coutumes*³, soit au *Traité du droit de domaine de propriété*⁴. Nous y trouvons bien l'étude générale de la propriété, et nous constatons aussitôt que l'allev est effectivement placé par Pothier sous cette dénomination : « Il n'y a aujourd'hui, à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine qui est le domaine de pro-

1. *Du droit de domaine de propriété*, n° 37. Ce passage a trait au droit de chasse. Nous en parlerons plus loin.

2. *Table* (t. XI, p. V). Cette table est inutilisable à notre point de vue de la propriété féodale qui impose la lecture suivie de toute l'œuvre de Pothier et la confection d'un répertoire *ad hoc*.

3. Nos 99 et suiv. (t. I, p. 35 et suiv.). Les Coutumes d'Orléans ont été officiellement rédigées en 1509 et remaniées en 1583.

4. Nos 1 et suiv. (t. IX, p. 101 et suiv.).

priété. Il en est *de même* des héritages qui sont en franc-aleu »¹. Pothier ne fait pas ici la moindre mention de la directe royale universelle : il n'y a pour lui dans le franc-aleu qu'une espèce de domaine, et c'est la propriété dans son intégrité, comme au temps de Justinien ; la corrélation avec la propriété des meubles le met en évidence.

Pothier donne à cet endroit ses développements sur la propriété, mais il a soin de les appliquer tout autant au domaine utile, en excluant le domaine direct des seigneurs de fief ou de censive. Nous préférons les examiner, dans ces conditions, lorsque nous aborderons avec lui la doctrine générale du droit de propriété, ce qui nous permettra de préciser plus facilement son attitude vis-à-vis du domanier utile mis en parallèle avec l'alleutier, puisque Pothier nous présente en quelque manière le domaine allodial comme l'addition du domaine direct au domaine utile.

Nous trouvons un texte uniquement relatif à l'aleu sous l'article 255 des *Coutumes d'Orléans*, qui se trouve assez étrangement intercalé dans le *Titre XIII, des servitudes réelles*², entre un article définissant la toise et un autre sur les moulins³. L'article 255 dispose que : « Franc-aleu est héritage tellement franc, qu'il ne doit fonds de terre, et n'est tenu d'aucun seigneur foncier, et ne doit saisines, dessaisines, ne autre servitude, quelle que ce soit. Mais quant à la justice, il est subject à la juridiction du seigneur justicier, et se doit partir comme héritage censuel ; sinon qu'il y ait fief, justice ou censive, mouvans de lui ; auquel cas il se partira comme le fief ».

1. N° 3 (p. 102).

2. T. I (p. 328).

3. Lors de la rédaction officielle des coutumes, des luttes fort vives s'engagèrent, en bien des provinces, dans les assemblées préparatoires entre les commissaires et notables des trois Etats, en raison de l'hostilité des seigneurs aux alleux et de la résistance des roturiers ; la constatation des usages, qui allait en faire une loi presque fixe, prêtait à contestation et était grosse de conséquences. Aussi ne faut-il pas trop s'étonner de la maigre place faite à l'aleu, et de l'endroit bizarre où il en est traité. Cf. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, t. I, p. 28, qui rappelle que les seigneurs, à l'occasion des Etats généraux de Blois, présentèrent même au roi, le 30 janvier 1577, un cahier demandant que toutes les terres fussent déclarées féodales ou censuelles ; le roi refusa.

Dans les commentaires qui suivent cet article, Pothier admet, avec Ducange, qu'alleu signifie héritage patrimonial, et définit donc le franc-alleu « un héritage qui est franc, c'est-à-dire qui n'est tenu d'aucun seigneur, et n'est par conséquent sujet à aucuns devoirs, ni à aucune redevance seigneuriale »¹. La maxime : « *nulle terre sans seigneur* », étant admise par la coutume, il indique que l'allodialité doit se prouver soit par le titre originaire, soit par la possession immémoriale de franc-alleu, établie par des actes, faute de quoi l'héritage en question relèvera du seigneur dans le territoire duquel il est enclavé, ou s'il n'est pas enclavé, du roi.

Par conséquent, Pothier fait jouer ici la directe royale, en la restreignant au cas d'allodialité non prouvée et d'impossibilité d'attribution de la directe à un seigneur déterminé.

Il précise que la coutume entend par « fonds de terre » les redevances seigneuriales dues *in recognitionem dominii directi*, mais non les simples rentes, par « Seigneur foncier » un seigneur direct du fonds, suzerain ou censier, et que le mot « servitude » y est pris pour les devoirs dus au seigneur : la foi et l'hommage et autrefois le service militaire. Les qualifications de fonds de terre et de seigneur foncier paraissent certainement outrées et désuètes à Pothier², puisqu'il en donne ces explications.

Toujours sous le même article, Pothier remarque que si l'alleu est une terre exempte de redevance seigneuriale, et de servitude dans le sens ci-dessus, il peut par contre être chargé d'une simple rente foncière ou d'une servitude prédiale sans cesser d'être franc-alleu.

1. La *Coutume d'Anjou*, art. 140, soumet les alleux aux lods et vente, et certains commentateurs (Mignon, de L'Hommeau) en déduisent le retrait féodal et même la commise ; Pocquet de Livonière renonce à s'en expliquer, *op. cit.*, p. 560 et suiv.

2. Cet article des Coutumes d'Orléans reproduit les expressions du *Grand Coutumier de France* (xiv^e siècle) : « Franc alleu est un héritage tellement franc, qu'il ne doit point de fons de terre, ne d'icelluy n'est aulcun seigneur foncier, et ne doit vest ne devest, ne ventes ne saisines, ne aultre servitude à quelque seigneur ; mais quant est à justice, il est bien subject à la justice ou jurisdiction d'aucun ». (Edition Dareste et Laboulaye, Paris, 1868 ; 2, 33, p. 325).

Rappelons ce qu'écrit du Moulin¹ : « *Allodium est proprietas quae a nullo recognoscitur*²... ; *qui tenet fundum in allodium, id est in plenam et absolutam proprietatem, habet integrum et directum dominium quale a principio de jure gentium fuit distributum, ... nec possidet tanquam vassalus, nec tanquam censuarius, emphyteutes, aut superficiarius, vel alio utili aut inferiori dominio, sed jure veteris liberi, directi, et absoluti domini* ». « *Res allodialis non potest debere censum prout census in hoc regno accipitur, nec jura feudalia : sed bene potest debere certum, annuum et perpetuum redditum ; quia hujusmodi obligatio redditus, et hypoteca illi accedens, nihil habet commune cum dominio et proprietate, et nihil dimittit de essentia et domini et proprietatis rei suppositae in se ; sed est quid prorsus distinctum imo oppositum, quia non potest quis habere dominium et hypothecam in eadem re, sed hypoteca praesupponit dominium esse alienum* ». Du Moulin montre bien que l'alleu peut supporter une rente et une hypothèque qui ne sont pas de l'essence du droit de propriété, s'en distinguent et même s'y opposent, à la différence de tout domaine utile ou inférieur qui procède d'un véritable démembrement et disjonction de la propriété.

Pothier accepte les conséquences de cette idée, mais n'expose pas l'idée elle-même ; nous verrons plus loin qu'il considère en effet le droit de pleine propriété comme le faisceau des droits réels sur la chose ; il lui était donc délicat de faire la même analyse que du Moulin et d'opposer les domaines directs et utiles à d'autres droits réels extrinsèques³.

Notons encore que Pothier, parlant de la justification de l'allodialité d'une terre, évoque avant la possession immémoriale, « le titre primordial, tel que serait la concession que le roi aurait faite d'une terre pour être possédée en

1. Sous l'article 46 de l'ancienne Coutume de Paris (article 68 de la nouvelle).

2. On pourrait être tenté d'en tirer que le domaine du vassal et du censitaire est une *propriété* que l'on tient d'un autre, mais la suite fait apparaître que ce n'est qu'une partie de la propriété partagée.

3. Ajoutons que cette analyse met en évidence la disjonction féodale de la propriété et le délabrement de l'antique *dominium*.

franc-aleu »¹. La proposition n'est pas absolument exclusive mais, réserve faite sans doute du passé, ne contient l'indication que de la concession royale. Nous croyons donc que selon Pothier les seigneurs seuls ne peuvent affranchir les fiefs ou censives de leurs mouvances. Cette règle conforme au pur droit féodal, n'est pas favorable au progrès de l'allo-dialité. Il ne faut pas d'ailleurs s'étonner outre mesure de cette attitude de Pothier ; Henrion de Pansey n'écrit-il pas encore, en 1789 : « Pour établir légalement un franc-aleu de cette espèce [de concession], il faut occuper le dernier degré de l'échelle féodale. Autrefois les grands vassaux s'étaient arrogé le droit de terminer cette échelle chacun dans leur enclave. Depuis la réunion des grands fiefs, cette prérogative appartient exclusivement au roi ; lui seul par conséquent peut aujourd'hui transformer en aleu un héritage frappé de la servitude féodale ; et même il ne le peut que du consentement de tous les seigneurs intermédiaires, si cet héritage n'est pas sous sa mouvance immédiate »².

Le système foncier était donc comme figé, à la fin de l'ancien régime, et le roi lui-même était empêché dans toute réforme éventuelle par la difficulté de toucher aux droits de propriété³ enchevêtrés sur le sol, sans le consentement des titulaires.

Cependant un fief dépendant d'un particulier pouvait être érigé en duché-pairie par le roi, et relever directement du roi, si bien que le seigneur dominant devait faire le sacrifice de sa mouvance, contre une indemnité du tiers de la valeur du fief, payée par le promu⁴. Ce n'était qu'une espèce

1. Note 1 sous l'art. 255 (t. I, p. 328).

2. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, 1789, t. I, p. 9. Et encore la règle de l'inaliénabilité du domaine de la couronne vint-elle de bonne heure interdire au roi d'en aliéner une parcelle sans retenir le domaine direct.

3. « C'est la loi seule qui décide entre le prince et le sujet : le roi use à cet égard du droit commun. Cette règle fait également la sûreté de la nation et la gloire du prince. Elle est fondée sur ce principe sacré que nos rois sont dans l'heureuse impuissance de toucher à la propriété de leurs sujets ; principe qu'ils se sont fait une sorte de devoir de consigner dans tous les monumens de leur législation. Or, les mouvances féodales forment aujourd'hui une partie de cette propriété ; quelle que soit leur origine, il est incontestable qu'elles composent actuellement le patrimoine des particuliers », Henrion de Pansey, *op. cit.*, t. I, p. 430.

4. Henrion de Pansey, *op. cit.*, t. II, p. 330.

d'expropriation pour utilité publique, de peu d'extension.

Nous rencontrons encore des considérations touchant les alleux à propos du droit de chasse¹. Pothier rappelle d'abord qu'à Rome la chasse était libre ; une ordonnance de Charles VI², de 1366, interdit aux personnes non nobles, à moins de privilège et sauf les bourgeois vivant de leurs possessions et rentes « de chasser, ne tendre à grosses bêtes ne oiseaux, en garennes ne dehors, ne d'avoir et tenir pour ce faire, chiens, furons, cordes, lacs, filets, ne autres harnois, etc. ». Pothier remarque que « la chasse étant un exercice propre à détourner les paysans et les artisans de leur travail, et les marchands de leur commerce, il était utile, et pour leur propre intérêt et pour l'intérêt public, de la leur défendre ». Cette défense fut renouvelée par François I^{er} en 1515, par Henri IV en 1601, et enfin par Louis XIV en 1669 : « Permettons à *tous seigneurs*, gentilshommes et nobles de chasser noblement³, à force de chiens et oiseaux, dans leurs forêts, buissons, garennes et plaines, pourvu qu'ils soient éloignés d'une lieue de nos plaisirs ; même aux chevreuils et bêtes noires, dans la distance de trois lieues »⁴. Les roturiers acquéreurs de fiefs purent chasser, comme seigneurs de fief car la chasse, droit honorifique, accompagne les droits utiles sur le fief⁵. Il n'en est pas de même pour la censive : les droits honorifiques restent dans les mains du seigneur censier. Pothier est ainsi amené à parler des alleux, en commençant par distinguer le franc-alleu noble, auquel est attaché un droit de justice ou dont relèvent des vassaux et censitaires, du franc-alleu roturier, et en posant la question

1. *Du droit de domaine de propriété*, nos 23 à 49 (t. IX, p. 111 à 120).

2. Citée au n° 29 (p. 113). Chez les Romains, la chasse était libre en ce sens qu'elle était attachée à la propriété du sol. Le propriétaire pouvait donc empêcher les étrangers de venir chasser sur sa terre.

3. Noblement, c'est-à-dire sans en tirer de profit pécuniaire, sans pouvoir céder le droit de chasse sur leurs terres, et sans employer d'engins. La chasse au chien couchant était même défendue.

4. N° 30 (p. 114). Voir Isambert, t. XXX, 299. C'est l'ordonnance de 1669 des Eaux et Forêts, titre des chasses, art. 26 et 28. L'art. 18 défend de chasser sur les terres ensemencées depuis que le blé est en tuyau et dans les vignes du 1^{er} mai jusqu'à la dépouille. Cette ordonnance a unifié la réglementation dans tout le royaume.

5. D'où l'axiome coutumier : « qui a fief a droit de chasse ».

de savoir si le propriétaire roturier d'un franc-alleu roturier a le droit de chasse sur son alleu, voici ce qu'il en dit : « On peut dire pour l'affirmative, que si les propriétaires des terres en fief, ont le droit de chasse sur leurs terres, le propriétaire d'une terre en franc-aleu doit l'avoir à plus forte raison, puisqu'il a sur cette terre toute la plénitude du domaine, et par conséquent un domaine plus parfait que n'est celui du propriétaire d'une terre qui la tient en fief »¹. Qu'oppose-t-on à ce raisonnement ? « On dit au contraire que les animaux sauvages ... ne sont point une dépendance de la terre. Ce n'est donc point le domaine de la terre, quelque parfait qu'il soit, qui y donne le droit de chasse ». Ce syllogisme nous semble pécher par sa mineure : le droit de chasse n'est pas la propriété des animaux sauvages. Mais l'ordonnance de 1669 paraît défavorable au droit de chasse du roturier alleutier ; Pothier ajoute « C'est l'avis de l'auteur des notes sur l'article 14 de l'ordonnance ». Les expressions qu'il emploie marquent de l'hésitation. Cette solution donne un avantage à la terre tenue en fief sur la terre allodiale, c'est-à-dire à un domaine utile sur une pleine propriété, et chose curieuse, cet avantage consiste en un droit honorifique. Celui-ci ne tient d'ailleurs nullement à la qualité de la personne, puisque le roturier titulaire d'un fief le possède.

Dans le *Traité des fiefs*, il est de nouveau question des alleux : « Les biens allodiaux ou franc-aleux sont ceux qui ne sont (tenus) d'aucun seigneur »².

C'est à peu de chose près tout ce que nous trouvons concernant l'alleu³.

Sur la théorie de la directe royale universelle, nous trouvons très peu de chose. Nous avons signalé que sous l'article 255 des *Coutumes d'Orléans*, il indique que, faute de

1. N° 37, p. 117.

2. *Traité des fiefs*, n° 1, t. IX, p. 493.

3. Nous rapportons encore, p. 104, l'opinion de Pothier quand à la possibilité de commise du fief du vassal qui se prétend alleutier. Du Moulin n'a pas non plus « donné à cette matière le développement que son importance exigeait » ; c'est Henrion de Pansey qui le constate, sur le *Traité des fiefs de Dumoulin*, p. 685.

justification d'allodialité, l'héritage non enclavé dans le territoire d'un seigneur particulier « sera censé relever du roi »¹. Dans le *Traité du droit de domaine de propriété*, il dit bien que « Dieu a le souverain domaine de l'univers » et que Dieu a accordé au genre humain un domaine subordonné au sien². Mais on ne trouve pas d'exposé de la directe royale universelle.

Nous constatons aussi l'absence de textes touchant l'inaliénabilité du domaine de la couronne. Si Pothier précise que le prince apanagiste est vrai propriétaire du domaine de son apanage, seulement réversible à la couronne par l'extinction de la postérité masculine de l'apanagiste, alors qu'au contraire la seigneurie des domaines engagés demeure en la personne du roi et non des seigneurs engagistes, il ne se livre à aucun développement à ce sujet³. Lorsqu'il signale que dans le droit français les fleuves et rivières navigables, alluvions et îles, appartiennent au roi, il n'en donne aucun commentaire⁴.

Cette discrétion de Pothier quant aux théories de la directe royale universelle et de l'inaliénabilité du domaine est-elle due à une certaine répugnance de sa part, ou à son application à ne traiter que de pur droit privé ? Il est bien difficile de le discerner.

1. T. I (p. 328).

2. T. IX (p. 109).

3. T. IX (p. 507, 508, 530, 720), t. I (p. 51).

4. T. IX (p. 131 et 154).

CHAPITRE II

LE FIEF

Nous examinerons d'abord la définition donnée du fief par Pothier, puis les attributs qu'il reconnaît au domaine direct du seigneur et au domaine utile du vassal.

A. — Définition

Dans l'introduction au titre des fiefs des *Coutumes d'Orléans*, il est dit ceci : « Du Moulin définit le fief¹, *benevola, libera et perpetua concessio rei immobilis vel aequipollentis, cum translatione utilis dominii, proprietate retenta sub fidelitate et exhibitione servitiorum* (tit. 1, n° 114) ; c'est-à-dire la concession gratuite que quelqu'un fait à perpétuité à un autre d'une chose immeuble ou réputée immeuble, à la charge de lui en faire la foi et hommage, et du service militaire, et sous la réserve qu'il fait de la seigneurie directe »². Pothier

1. On trouve cette définition dans les *Commentarii in consuetudines Parisienses*, tit. de *feudis*, introd. n° 114 (Ed. de Paris, 1681, t. I, p. 22). Le mot de fief est assez souvent employé pour désigner la terre inféodée, mais il caractérise plutôt les liens du seigneur et du vassal, c'est-à-dire la mouvance. C'est l'opinion de Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs en France, pendant les XI^e, XII^e, XIII^e et XIV^e siècles*, 2 vol., Paris, 1727 et 1750, (t. I, p. 3). En pratique, ainsi que le note Pothier, *Des fiefs*, n° 2 (t. IX, p. 493), on donnait tout à la fois le nom de fief : 1° à la concession, 2° à la manière dont un héritage est tenu, 3° à l'héritage lui-même (fief servant), 4° au droit de seigneurie retenu (fief dominant ou, le cas échéant, fief en l'air).

2. *Coutume d'Orléans*, *Intr. au titre I des fiefs*, n° 1 (t. I, p. 47).

ne cherche ici qu'à expliquer le terme de fief, mais l'on voit qu'il traduit ce texte de du Moulin de telle sorte qu'il ne parle pas de domaine utile, et transforme la réserve de la « propriété » en réserve de la « seigneurie directe ».

Dans le *Traité des fiefs*, il donne la même définition¹. Sa méthode consiste donc à reproduire la définition donnée par du Moulin, en la traduisant à sa manière², ce qui lui permet à la fois de s'abriter derrière la grande autorité de du Moulin et de marquer tout de même volontairement ou non une certaine adhésion à un mouvement d'idée sur la propriété féodale.

Et ici il la présente comme suit : « Dumoulin nous apprend quelle est la nature des fiefs tels qu'ils sont aujourd'hui, par la définition qu'il nous en donne et qu'il a empruntée de Raynaldus ». Par conséquent, écrivant dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, il applique aux fiefs « tels qu'ils sont aujourd'hui » une définition d'un auteur datant de la première moitié du XVI^e siècle, c'est-à-dire de plus de 200 ans. Pourquoi ne tente-t-il pas, puisqu'elle ne le satisfait pas entièrement, d'en donner lui-même une autre ? Nous croyons que Pothier n'aperçoit pas de moyen de formuler la théorie du système féodal qu'il a devant les yeux : ce n'est plus l'institution originaire, cela ne correspond plus davantage à ce qu'a essayé de justifier la doctrine des deux domaines, et cependant des barrières s'élèvent encore entre la réalité et le retour à la conception romaine. Pothier les respecte ici, et il se contente d'adapter à sa façon la définition de du Moulin. En d'autres endroits, comme nous le verrons, il se rapprochera plutôt de la conception romaine. Sa doctrine flotte entre ces deux points fixes.

En réalité, à plus de deux siècles d'intervalle, il n'est guère plus avancé que du Moulin qui plaçait encore nominale-ment la propriété sur la tête du seigneur direct, selon le droit, mais convenait que selon le droit coutumier c'était

1. *Des fiefs*, n° 7 (t. IX, p. 495).

2. M. Grandclaude, dans son *Cours de doctorat 1933-34 sur l'histoire de la propriété foncière dans notre ancien droit*, p. 290, a noté cette infidélité volontaire de Pothier au texte de Du Moulin.

déjà tout le contraire¹. L'opposition était constatée par du Moulin, entre la conception romaine et la conception coutumière, tandis que Pothier les juxtapose plus qu'il ne les oppose.

B. — Essence et nature du fief

D'Argentré considère que la disjonction de la propriété en domaine direct et domaine utile, est de l'essence du fief, mais non l'hommage ; il y a tout de même à la fois droit réel, et lien personnel. Du Moulin, malgré la définition que nous connaissons, croit que seule la fidélité est essentielle au fief. Que cette matière est donc obscure si d'aussi grands esprits que d'Argentré et du Moulin éprouvent autant de peine à y apporter quelque lumière !

Pocquet de Livonière dit que Chantereau dans son *Traité des fiefs* rapporte jusqu'à onze différentes définitions du fief tirées de divers auteurs, et ajoute : « sans nous arrêter à les examiner en détail, nous croïons que par rapport à notre usage on ne peut mieux définir le fief, qu'en disant que c'est un héritage ou un droit réel assis sur un héritage tenu d'un seigneur à foi et hommage, à la charge de certains devoirs réglés par l'acte d'inféodation, ou par la coutume des lieux, et dont le possesseur a, ou peut avoir sous lui d'autres vassaux ou sujets ». Il présente ensuite la définition qu'en a donnée du Moulin, en écrivant assez bizarrement « qu'elle explique bien la manière dont le fief a été formé »², sans doute parce qu'il ne la reprend pas entièrement à son compte, le fief étant pour lui l'héritage ou le droit réel au lieu de la *concessio rei immobilis vel aequipollentis*³. Il montre que le service personnel dû par le vassal est lié à la possession de l'héritage et disparaît par la renoncia-

1. Voir p. 170, note 2.

2. Pocquet de Livonière, *Traité des fiefs*, 2^e éd., 1733, L. I, chap. II, p. 5.

3. Du Moulin définit en réalité l'inféodation plutôt que le fief, *feudum*, mais cela ne tire pas à conséquence.

tion à ce dernier, différant en cela des services dus par les clients romains à leurs patrons¹.

De la Poix de Fréminville écrit que les héritages tenus en fief sont « les châteaux, manoirs, terres, seigneuries ..., censives, droits seigneuriaux et héritages qui sont tenus et qui relèvent du roi, ou de seigneurs particuliers, et sont chargés envers eux de la foy et hommage, et de différents droits selon les coutumes des lieux »². Plus loin il dit : « Il n'y a aucuns fiefs, de quelque nature qu'ils soient, qui ne doivent la foy et hommage à leur seigneur dominant »³. Il donne un modèle de serment pour les vassaux⁴, énonçant encore en plus des devoirs d'amitié, les services de cour et de garde du corps, et un modèle d'acte de foy et hommage analogue⁵ ; il constate que quelques coutumes ne prévoient pas d'autres devoirs que la bouche et les mains, mais que la plupart des coutumes assujettissent le vassal à des droits utiles et pécuniaires. Il admet aussi que la donation soit onéreuse, moyennant un certain prix⁶. Il propose un modèle d'acte de concession de fief, où il est question de transport du droit de propriété ; en voici l'abrégé : « ... Messire M., pour les bons et agréables services qu'il a reçus de N., et pour l'amitié qu'il a pour lui, a, par ces présentes, volontairement donné, cédé, quitté, transporté et délaissé dès maintenant et à toujours, par donation entre-vifs et irrévocable audit N., à ce présent et acceptant, pour lui, ses héritiers et ayans-causes : c'est à sçavoir, une maison etc... à la charge de tenir et porter ladite maison noblement à l'avenir, à titre de fief dudit seigneur, à cause de sa terre et seigneurie de ..., comme faisant partie d'icelle, sous la

1. *Eod. loco*, p. 6 et 7. Plus loin (p. 24), il déclare que « la substance du fief consiste proprement dans le transport de la seigneurie utile et dans la rétention de la seigneurie directe ».

2. De la Poix de Fréminville, *La pratique universelle pour la rénovation des terriers et des droits seigneuriaux*, 1746, L. I, p. 3.

3. P. 145. « C'est la foy et hommage qui est la marque fondamentale du fief », p. 157.

4. P. 145 et 146. Ce modèle est extrait du *Coutumier Général* de Bourdot de Richebourg de 1724, f° 43 (ancienne Coutume de Boulenois, 1493).

5. P. 175.

6. P. 150.

réserve des foy et hommages que ledit N., sera tenu faire et porter audit seigneur M., avec les droits utiles et honorifiques dus et accoutumés..., à l'effet de quoi *ledit seigneur M., donateur a transporté, pour et au profit dudit N., tous et tels droits de propriété, fonds, très-fonds, entrées, issues, noms, raisons et actions, saisines et possessions que ledit seigneur de ... a*, peut avoir, prétendre et demander en et sur ladite maison parfaitement donnée, dont il s'est démis et dessaisi, voulant qu'il soit et demeure saisi, vêtu, mis et reçu en bonne possession et saisine ... »¹.

La plupart des feudistes² se contentent de dire que le fief est chargé de la foy et hommage et de droits variant avec les coutumes ou les actes de concession de fief, comme Pocquet de Livonière et de la Poix de Fréminville.

Preudhomme écrit que « le fief est un immeuble dont la concession a été faite à perpétuité, à la charge de la fidélité, et d'autres droits et devoirs seigneuriaux que le seigneur a retenus sur l'immeuble cédé, pour marque de la *seigneurie directe* qu'il s'est réservée, de manière que le *propriétaire n'a que la propriété utile* »³.

Hervé est plus suggestif : « Le fief est une concession faite à la charge d'une reconnaissance toujours subsistante, qui doit se manifester de la manière convenue »⁴; il romanise presque le fief, en lui donnant l'allure d'une donation à charge de reconnaissance, de gratitude.

Pothier se fait peu de souci sur l'origine historique du fief; il se contente de renvoyer ceux qui en seraient curieux

1. P. 151 et 152.

2. V. Guyot, *Traité des matières féodales*, 1738 et 1768; de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*; Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*; Duplessis, *Traité sur la Coutume de Paris*.

3. Preudhomme, *Traité des droits appartenans aux seigneurs sur les biens possédés en roture*, 1781, p. 7 et 10.

4. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles*, t. I, 1785, p. 372. Pour Henrion de Pansey, « un fief est un être mixte composé de devoirs, tels que la foi, l'obligation d'être fidèle à son seigneur, qui en forment le titre et en constituent l'essence; et de domaines corporels, de droits utiles et honorifiques qui en forment le corps, ce que les feudistes appellent *subjectum materiale* », *Dissertations féodales*, t. II, p. 363.

à Salvaing¹ et aux autres auteurs, en les prévenant qu'on n'y trouve rien de certain. Il pense que le fief provient du bénéfice franc, devenu insensiblement bien patrimonial. Il cherche en quoi consiste exactement cette institution, et de nouveau il s'en rapporte à du Moulin : « L'essence de fief, comme nous l'apprend Dumoulin *in Consuet. par. pr. n. 115*, consiste dans la foi ; *feudi substantia in sola fidelitate quae est ejus forma essentialis subsistit* »². Ceci lui permet d'opérer la même distinction entre l'essence et la nature du fief, de déclarer la première invariable et de constater que la seconde au contraire diffère de l'ancienne.

Aussi il insiste sur la valeur prépondérante du droit du vassal : « le vassal a le domaine utile du fief, qui ne consiste pas seulement dans le droit de percevoir à son profit tous les fruits et émoluments qu'il peut produire, mais qui comprend même tous les droits honorifiques attachés à son fief. C'est pourquoi ce domaine utile n'est pas *pure et absolute* un simple domaine utile ; il n'est tel que vis-à-vis le droit de seigneurie directe de supériorité féodale que le seigneur, de qui le fief relève, a sur ce fief, et auquel droit de supériorité féodale du seigneur, le domaine du vassal est subordonné »³.

Pothier avance donc que *le domaine utile du vassal n'est pas un simple domaine utile* mais il ne nous en dit pas davantage pour l'instant ; et il place en regard le droit du seigneur : « La seigneurie directe que retient le seigneur sur l'héritage qui est tenu de lui en fief, est une seigneurie purement d'honneur, qui consiste dans le droit de se dire et porter seigneur, et de se faire reconnaître seigneur du fief qui relève de lui, par son vassal qui a le domaine utile »⁴.

Si l'on prenait Pothier au mot, on pourrait croire que la seigneurie directe constitue seulement à ses yeux l'espèce de légitime satisfaction d'amour-propre que peut éprouver le seigneur en disant : je suis seigneur de cet homme, qui

1. Denis de Salvaing, *Traité de l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*, Grenoble, 1668.

2. *Coutume d'Orléans, Intr. au titre des fiefs*, n° 5 (t. I, p. 48).

3. N° 7 (p. 48).

4. N° 8 (p. 48).

est mon vassal. Et ce serait tout si Pothier, qui vient de minimiser le domaine direct, ne nous exposait pas qu'« à raison de cette seigneurie directe, le vassal est tenu à certains devoirs envers son seigneur, lequel de son côté doit amitié et protection à son vassal »¹. Il indique que le principal devoir est la prestation de la foi et hommage, et que, le service militaire n'étant plus dû qu'au roi, seul autorisé à faire la guerre, lorsqu'il convoque le ban et l'arrière ban, les roturiers peuvent posséder des fiefs, en payant au roi tous les vingt ans et aux mutations le droit de franc-fief. Jusqu'ici, en somme, il s'agirait d'une sorte d'échange de la foi et hommage, acte révérentiel, contre amitié et protection, acte tutélaire.

Nous abandonnons cependant brusquement cette idée car Pothier ajoute : « Les autres droits qui, selon notre coutume, appartiennent au seigneur de fief, sont le droit de saisie féodale, le droit de se faire donner un dénombrement par ses vassaux, le droit de commise pour cause de désaveu et de félonie, le droit de quint pour les ventes du fief, le droit de rachat pour les autres mutations »². Il ajoute le droit de retrait féodal, réservé par les Coutumes d'Orléans au seigneur châtelain. Evidemment il est difficile de faire sortir juridiquement ces droits onéreux d'une « seigneurie purement d'honneur ».

Pothier ne s'en soucie pas autrement et il passe à l'étude détaillée de ces différents droits et des particularités relatives aux fiefs. Avant de l'y accompagner, reportons-nous à son *Traité des fiefs*. Faisant suite à la définition qu'il a transposée de du Moulin, il nous confirme que le droit du concédant est une « seigneurie d'honneur », et que « la seigneurie utile comprend le droit de percevoir toute l'utilité de la chose, en jouir, user, et *disposer à son gré*, à la charge néanmoins de reconnaître le seigneur direct »³.

Des termes que nous avons soulignés, il semblerait résul-

1. N° 9 (p. 48 et 49).

2. N° 11 (p. 49).

3. *Des fiefs*, n° 8 (t. IX, p. 495).

ter que cette définition de la seigneurie utile accorde au vassal une propriété pleine et entière, ne laissant au seigneur direct qu'un droit à reconnaissance. Le domaine utile serait la propriété (des Romains et du Code civil), et le domaine direct, une charge, une servitude.

Pothier montre que la seigneurie utile du vassal contient en plus de celle du censitaire, les droits honorifiques (tout au moins vis-à-vis des tiers), comme le droit de chasse, ainsi que nous l'avons vu plus haut. Il arrive donc à séparer les domaines utiles du vassal et du censitaire : le premier n'étant « utile » que vis-à-vis du seigneur. Il en déduit la justification que le censitaire ne peut donner lui-même sa terre à cens.

Mais enfin, nous obtenons toujours une cascade de domaines sur un même fonds. Reprenons notre chaîne féodale : le seigneur suzerain a un domaine direct et par rapport à lui son vassal a un domaine utile ; le vassal, s'il a à son tour donné le fonds à fief, devient seigneur, avec un domaine direct, d'un vassal auquel un domaine utile est aussi attribué ; ce dernier baillant toujours le même fonds à cens, garde un domaine direct, laissant au censitaire un domaine utile. Ce cas n'est nullement théorique d'ailleurs, il est fréquent parmi d'autres beaucoup plus compliqués. Comment peut-on concilier entr'eux ces domaines directs et utiles qui s'enchevêtrent ?

Pothier va-t-il résoudre ce problème ? Il ne lui a pas échappé, en tout cas, et il le pose bien : « Il se rencontre néanmoins une difficulté. Le fief étant, selon la définition que nous en avons rapportée, la concession d'un héritage sous la rétention de la seigneurie directe, celui qui tient un héritage à titre de fief, n'en a pas la seigneurie directe, elle est par devers le seigneur de qui il le tient : comment peut-il donc sous-bailler cet héritage à pareil titre de fief, puisque donner à titre de fief, renferme la rétention de la seigneurie directe de la part de celui qui donne un héritage à ce titre ; et que ne l'ayant point, il ne peut pas le (la) retenir ; cette seigneurie directe étant par devers le seigneur de qui il tient lui-même l'héritage, ne peut pas être par devers lui,

suisant cette maxime de droit, tirée de la nature même des choses : *Duo non possunt esse Domini in solidum* »¹.

Quelle solution va-t-il nous donner ?

« La réponse est que, quoique la seigneurie qu'a le vassal de la chose tenue en fief ne soit, par rapport à son seigneur de qui il la tient, qu'une seigneurie utile, néanmoins elle peut être regardée comme seigneurie directe par rapport à celui à qui il l'a lui-même sous-baillée à titre de fief ou de cens » ; Pothier affirme seulement ce que nous désirons nous expliquer, mais il continue, en appelant à son secours du Moulin : « il répugne à la vérité qu'il y ait deux seigneurs directs d'une même chose, *oppositi eodem jure et eodem respectu* ; mais il ne répugne pas qu'il y en ait deux, et un plus grand nombre *subordinate, diverso jure et diversis respectibus* ; le premier seigneur, le seigneur originaire, qui le premier a donné l'héritage à titre de fief, *habet* (comme s'exprime Dumoulin) *perfectissimum dominium directum* ; *possidet civiliter perfecta civili possessione*, le détenteur, arrière-vassal de ce premier seigneur, *habet propriissime dominium utile, possessionem naturalem perfectissimam*, et le seigneur de qui cet arrière-vassal relève en plein fief, et lequel seigneur relève lui-même du premier seigneur, *habet dominium subordinate, utile quidem respectu prioris, sed non propriissime et simul directum respectu inferioris, sed non propriissime, sicut primordiale* ; *hoc dominium directum, quod habet, est potius jus quoddam feudale quod quasi possidet, magis quam ipsum feudum, cujus possessio civilis perfectissima est apud supremum dominium, naturalis apud vassallum ultimum, et hoc jus feudale habet quamdam similitudinem ac virtutem directi domini*. Rien n'est plus énergique que ces expressions de Dumoulin »².

1. N° 8 (p. 496).

2. N° 8 (p. 496). Henrion de Pansey reproduit encore en 1789 tout en contestant les conséquences qu'on voudrait en tirer (voir plus haut, p. 63) un raisonnement analogue, qui permet de donner de la force à la directe du roi, seigneur de tous les fiefs du royaume : « Dans l'usage on attribue aux seigneurs particuliers le domaine direct sur les fiefs qui relèvent d'eux ; mais il faut convenir que ce droit ne leur appartient qu'improprement : ils ne le peuvent prétendre en effet que relativement à leurs vassaux ; car ils ne l'ont pas relativement aux seigneurs dont ils relèvent eux-mêmes, et à

La réponse est presque satisfaisante.

Il est certain que du Moulin essaie de sortir de cette difficulté doctrinale, avec une habileté qui n'exclut pas la prudence : il accorde le domaine direct parfait, la possession civile parfaite, au seigneur suzerain, le domaine utile complet, la possession naturelle parfaite au dernier vassal. Voici donc les deux domaines, avec leur physionomie propre, placés aux extrémités. Quant au seigneur-vassal intermédiaire, il a *un* domaine subordonné, tenant à la fois du premier et du dernier, et qui est si nous traduisons du Moulin « plutôt un certain droit féodal dont il a la quasi-possession, que le fief lui-même ». Du Moulin exproprie en quelque sorte ce seigneur du fief pour ne lui laisser que ce droit féodal subordonné qui, précise-t-il, s'apparente au domaine direct et participe à sa valeur. Cette vue ne manque pas de profondeur : possession civile et possession naturelle parfaites, aux deux bouts, lien féodal dans les maillons intermédiaires. C'est cohérent, mais du Moulin sent combien cette matière est rebelle à la belle doctrine, et y touche avec précaution, comme en témoignent les mots : *quoddam, potius, magis quam, quamdam*. Pothier nous semble exagérer lorsqu'il conclut que « rien n'est plus énergique que ces expressions de Dumoulin ».

Pothier, lui qui fait passer la propriété nominale du côté du domaine utile est obligé, en abordant du Moulin, de prendre en charge la possession civile et la possession naturelle, dont il se serait bien passé puisqu'elles ne cadrent pas avec son système ; il nous prévient par la parenthèse : « comme s'exprime Dumoulin ». Mais il faut donc que la difficulté lui paraisse insurmontable, pour qu'il aille ainsi trouver l'explication dans une doctrine si différente de la sienne ?

Enfin, il confirme après du Moulin, que seule la foi est de

plus forte raison relativement au roi. Ce n'est donc que dans le roi seul que réside absolument et sans aucune relation, le véritable domaine direct de tous les fiefs de son royaume. Comme il ne relève de personne, la plénitude de la propriété ne convient qu'à lui seul... Quand ils (les fiefs), sont devenus héréditaires, le roi a conservé le domaine direct qui représente la propriété, et qui en est la plus noble portion », *Dissertations féodales*, t. II, p. 316.

l'essence du fief et que par conséquent bien que la rétention d'une seigneurie directe soit de sa nature, il peut exister des fiefs sans scission du domaine.

Comme dans l'*Introduction aux coutumes*, il passe ensuite à l'examen particulier des traits de cette institution, et nous allons le suivre non pas dans tous les détails, ce qui serait fastidieux, mais en ce qui peut marquer sa doctrine.

C. — Attributs du domaine direct

1^o La foi et hommage

« La foi, dit-il, se borne aujourd'hui¹ à la promesse de porter au seigneur l'honneur qui lui est dû ; et l'hommage est proprement la reconnaissance solennelle que fait le vassal de la supériorité féodale que le seigneur a sur lui à cause de son fief, laquelle il témoigne par certaines démonstrations de respect, telles qu'elles sont prescrites par chaque coutume »².

Pothier considère qu'il n'y a plus d'obligation personnelle du vassal. Il montre que la foi est attachée au fief, dont elle donne l'investiture vis-à-vis du seigneur au vassal propriétaire, et qu'elle doit être portée « toutes les fois qu'il y a mutation, soit de vassal, c'est-à-dire de propriétaire du fief servant, soit de seigneur, c'est-à-dire de propriétaire du fief dominant »³. Pothier rend donc ici la propriété au vassal. Il accorde au mari un *dominium super impositum*, sur

1. La foi rappela d'abord le serment de fidélité au roi de l'époque mérovingienne ; au XIII^e siècle, elle se colore de l'élément réel : le vassal porte la foi au seigneur à raison des fiefs qu'il tient de lui (Dumas, *Encore la question « fidèles ou vassaux »*, *Nouvelle Revue historique de droit*, 1921, p. 221-226, et *Le serment de fidélité et la conception du pouvoir du I^{er} au IX^e siècle*, *ib.*, 1931, p. 30-51 et 289-321).

2. Coutume d'Orléans, *Intr. au titre des fiefs*, n^o 13 (t. I, p. 49). De la Poix de Fréminville écrit : « La foy que le vassal doit au seigneur n'est autre que le serment qu'il lui fait de lui être fidèle, et la promesse de le servir envers et contre tous, excepté contre le roi. Cet acte est aussi appelé hommage, parce qu'il se fait avec le respect et la soumission requise par la Coutume », *op. cit.* p. 157. La foi et l'hommage finissent donc par se confondre.

3. N^o 14 (p. 50).

les propres tenus en fief par sa femme, droit dominical, d'honneur et d'autorité qui l'oblige à la foi, mais n'empêche pas le domaine de propriété de la femme de se conserver. Il note que les Coutumes d'Orléans, contrairement au droit commun, donnent souffrance pour la foi à l'acquéreur du fief avec rétention d'usufruit jusqu'à l'extinction de l'usufruit, disposition favorable au nu-propriétaire.

A propos des personnes par qui la foi doit être portée, il soulève le cas d'attribution au roi d'un fief par droit d'aubaine, de deshérence, confiscation ou autrement, et le dispense de porter la foi : « Il serait de la dernière indécence que le souverain portât la foi à son sujet ¹ » ; la décence est donc respectée, mais les droits du sujet aussi, puisque le roi est mis dans l'alternative de vider le fief hors de ses mains ou, s'il préfère le retenir, de donner au seigneur « indemnité en argent pour le prix de sa directe ». Pothier emploie cette expression de « directe », qui marque l'usure du droit du seigneur depuis déjà longtemps ; à son époque, ce langage est général, car on ne donne plus une valeur entière aux notions de « domaine direct » ou de « seigneurie directe », et, en sautant le substantif, on matérialise en quelque sorte, par l'adjectif esseulé, le chemin parcouru ².

En pareil cas, les Coutumes d'Orléans accordent un délai d'un an aux seigneurs justiciers, mais Pothier pense qu'il ne devrait pas en être ainsi, « car il n'y a que le roi qui ait le droit de n'être vassal de personne ».

La foi se prête, généralement, avec une souffrance de quarante jours, au chef-lieu du fief dominant ³, même s'il

1. *Des fiefs*, n° 45 (p. 507). Au n° 755 (p. 722), cité p. 115, il déclare au contraire qu'il n'est pas indécent qu'un seigneur soit aussi vassal de son vassal. Cela permet de mesurer le chemin parcouru depuis le début des temps médiévaux, et le prestige reconquis par les Capétiens.

2. Nous ajoutons, pour confirmer notre observation, qu'on ne dira jamais « l'utile » pour désigner le droit du vassal ou du censitaire. On y accolera constamment la seigneurie, le domaine, la propriété.

3. Ceci montre que le devoir de foi est attaché à la propriété ; ce n'est pas une simple obligation personnelle : « *vassalus non recognoscit Dominum ut ipsum, sive ratione personae suae, sed ut Dominum loci dominantis, et in ea qualitate reali, ad quam refertur, et limitatur investitura* », du Moulin, sur l'art. 39 de l'ancienne Coutume de Paris.

se réduit à une motte de terre ; s'il est en l'air¹, c'est-à-dire sans attache au sol, il suffit d'« aller par devers le seigneur de fief, à sa personne, ou en son domicile à dix lieues, près l'héritage tenu en fief »². Le vassal doit offrir les profits dus à raison de la mutation et aussi, dans le droit commun, les anciens profits restant dus du chef de ses auteurs.

2° La saisie féodale faite d'homme

C'est la sanction du défaut de foi et hommage. Elle est définie par Pothier : « un acte solennel, par lequel le seigneur se met en possession du fief mouvant de lui, lorsqu'il le trouve ouvert, et le réunit à son domaine, jusqu'à ce qu'on lui en ait porté la foi »³. Dans son *Introduction au titre des fiefs des Coutumes d'Orléans*, voici comment il s'en explique : « Ce droit est fondé sur ce que les fiefs, de personnels qu'ils étaient dans leur origine, n'étant devenus héréditaires et commerciables⁴ qu'à la charge que l'héritier ou acquéreur s'en ferait investir par le seigneur en lui portant la foi, tant qu'il ne se présente point pour la porter, le seigneur n'est point obligé de le reconnaître pour le propriétaire du fief servant : d'où il suit que le seigneur peut par la saisie féodale s'en mettre en possession, comme d'un fief vacant et sans maître, et le réunir à son domaine »⁵. Ce raisonnement n'est nullement pertinent, car si le bien était vacant et sans maître, comme le dit Pothier, d'abord que deviendraient les droits des héritiers ou acquéreurs ? Et puis, ne reviendrait-il pas non au seigneur, mais au haut-

1. Les fiefs en l'air, les justices et les offices formèrent à côté des fiefs corporels des fiefs incorporels. On distingue aussi les fiefs simples des fiefs liges, où l'obligation du vassal était à vie et non attachée à la possession du fief (autrefois l'homme-lige devait le service envers et contre tous). Il y eût aussi des fiefs de danger, pour lesquels il fallait obtenir le consentement du seigneur avant de les aliéner, ou porter la foi avant l'entrée en possession. Cf. Henrion de Pansey, *Traité des fiefs de du Moulin*, Paris, 1773 in-4, Introd. p. 32 et 33.

2. Art. 45 des Coutumes d'Orléans.

3. *Intr. au titre des fiefs*, n° 45 (t. I, p. 56) ; *des fiefs*, n° 135 (t. IX, p. 529).

4. C'est-à-dire *in commercium* pour les vassaux.

5. *Loc. cit.*

justicier¹ ou au roi² tel un alleu abandonné ou tombé en deshérence ? Ne serait-ce pas un fruit de haute justice³, et le simple seigneur féodal y pourrait-il rien prétendre ? En réalité le fief revient dans sa main parce que la propriété pleine et entière que les feudistes placent originairement sur la tête du concédant revit ; il y a là quelque chose d'analogue à ce qui se passe à la disparition de l'usufruitier : le retour de l'usufruit au nu-propiétaire. Pothier a du céder par la suite à cette considération, car dans son *Traité des fiefs*, il souligne que le caractère personnel des fiefs anciens faisait qu'à la disparition des vassaux ils retournaient au seigneur, et il remanie son texte ; celui-ci est plus exact mais nous y voyons le signe que Pothier renonce à étayer complètement de ce côté la propriété du vassal : « Jusqu'à ce temps⁴, le nouveau propriétaire est bien propriétaire et possesseur vis-à-vis de tout autre que du seigneur, mais vis-à-vis du seigneur il ne l'est point ; jusqu'à ce temps, le fief, *vis-à-vis du seigneur*, est *censé vacant*, et le seigneur est en droit de s'en mettre en possession, et de le réunir à son domaine ». Il y a une vacance qui ne nous paraît nullement fictive ; il y a faute d'homme, vacance de vassal ; la propriété démembrée va se remembrer et à notre sens le bien ne sera vacant à l'égard de personne. Il n'est plus question de bien vacant et sans maître, mais Pothier ne nous donne pas d'autre explication qu'une fiction de vacance vis-à-vis du seigneur.

Selon la maxime, *tant que le seigneur dort, le vassal veille*

1. Il y avait exception à la règle d'attribution au seigneur haut-justicier dans quelques pays où la féodalité s'était plus fortement organisée et mieux maintenue. En Normandie le bien en deshérence revenait au simple seigneur féodal qui était présumé avoir à l'origine concédé tout ce qui dépendait de son fief : si son vassal mourait sans héritier c'était donc un retour au seigneur de son ancienne propriété qui se produisait conformément aux vieux principes de notre droit ancien. En Bretagne, sauf pour les meubles, il en était de même ; comme toutes les terres y étaient engagées dans la mouvance féodale, l'absence d'alleux gênait le développement des droits du justicier.

2. Aujourd'hui les biens vacants et sans maître, soit par deshérence, soit par abandon, appartiennent à l'Etat (Code civil, art. 539 et 713) ou aux communes (loi du 3 frimaire an VII).

3. Cf. Bacquet, *Traité du droit de deshérence*, dans ses *Œuvres*, Ed. de Lyon, 1744, chap. II, nos 1 et 2.

4. Du port de la foi.

et la réunion ne s'opère que par la saisie féodale. Il nous semble encore remarquer une nuance de redressement féodal entre ce que dit Pothier sur les coutumes : « Le seigneur *possède* l'héritage qu'il a saisi féodalement, comme une chose *qui est réputée* lui appartenir tant que la saisie dure »¹, et en son *Traité* : « la saisie féodale donne au seigneur saisissant la *vraie possession et même la propriété* du fief saisi féodalement jusqu'à ce que la foi ait été portée »². Il rapporte ensuite les différences des Coutumes d'Orléans et de Paris, quant au droit de saisie féodale sur les arrières-fiefs du suzerain qui tient en sa main le fief de son vassal, mais il ne manifeste pas son sentiment.

Si l'intervention judiciaire est nécessaire à la saisie féodale, est-ce bien en accord avec l'action du seigneur à titre de propriétaire³ ?

Pour exposer les effets de la saisie féodale, Pothier part de trois principes : 1^o le seigneur rentre en possession et propriété du fief ; 2^o la résolution du droit du vassal et cette réunion ne sont que momentanées⁴, jusqu'à ce que le vassal ait fait ses devoirs ; 3^o le seigneur doit certains égards au vassal avant la foi⁵.

Ces principes sont en eux-mêmes, on le voit tout de suite, contradictoires ; cela n'arrête pas Pothier, qui se contente de les poser et en tire, comme il faut s'y attendre, des résultats opposés.

1. *Intr. au titre des fiefs*, n° 45 (t. I, p. 56).

2. *Des fiefs*, n° 137 (t. IX, p. 530).

3. Nos 174 et suiv. (p. 539). Du Moulin (*Intr. au titre des fiefs de la Coutume de Paris*, art. 1^{er}, gl. 4, n° 11) affirme que selon le droit primordial des fiefs, le seigneur peut saisir le fief de son vassal de son autorité privée, sans mandement ni commission de juge ; mais il avoue que l'usage est contraire à son époque, bien que ce pouvoir soit l'effet de la propriété du seigneur. Henrion de Pansey, sur le *Traité des fiefs de du Moulin*, p. 332, note 20, constate que l'usage a entièrement rejeté le sentiment de du Moulin.

4. Dans son *Intr. au titre des fiefs*, n° 62 (t. I, p. 59), il disait « *fictives et momentanées* » ; la première de ces qualifications a disparu, dans son *Traité des fiefs*, n° 184 (t. IX, p. 541). Pour nous, c'est un nouvel indice des hésitations et même des rebroussements qui se produisent dans les idées de Pothier. Notons d'ailleurs qu'il ne s'agit pas de raccourcis de textes, le *Traité des fiefs* étant autrement spacieux que son *Intr. au titre des fiefs* (ces œuvres occupent respectivement 257 et 93 pages de l'édition de Bugnet).

5. Dans le *Traité de la possession*, il écrit que le vassal est censé, vis-à-vis des tiers, continuer de posséder son héritage, n° 78 (t. IX, p. 289) et n° 99 (p. 296). Cf. aussi *De la prescription*, n° 46 (p. 333).

En vertu du premier, il attribue définitivement au seigneur les fruits naturels et civils pendant le temps de la saisie, et l'exercice des droits féodaux attachés à la propriété du fief saisi ; il le libère « de toutes les charges imposées sur le fief saisi par le vassal ou ses auteurs ; car le droit du vassal et de ses auteurs, qui les ont imposées venant à se résoudre, il s'ensuit que ces charges doivent aussi se résoudre, selon la règle *soluti jure dantis, solvitur jus accipientis* : le seigneur ne tenant point son droit du vassal et des auteurs de son vassal, ne peut être tenu de leurs faits »¹. Il ne s'agit naturellement pas des dîmes, dixièmes, vingtièmes, tailles et taxes (toutes sortes de charges qui ne proviennent pas des vassaux), mais des servitudes accordées aux voisins, des rentes foncières et hypothèques consenties sur le fief. Les titulaires de ces droits réels ont la ressource d'obtenir mainlevée en rendant les devoirs au seigneur, autant qu'il est en eux, et en payant les droits utiles².

En vertu du second, il affirme que le seigneur ne doit pas abuser, c'est-à-dire disposer du fief ou le dégrader, mais doit au contraire en jouir en bon père de famille, le conserver et l'entretenir pour le rendre en aussi bon état qu'il était. Il rappelle que « Dumoulin décide qu'il est seulement tenu *de lata culpa* et non *de levi* » mais il ajoute : « ce qu'il faut entendre avec cette limitation, à moins qu'il ne fût vigilant sur ses propres affaires »³. Il ne l'autorise pas à destituer les officiers de justice, lorsqu'une justice est attachée au fief saisi.

En vertu du troisième principe, le seigneur ne doit pas déloger le vassal⁴, et doit entretenir les baux faits par le vassal⁵. Pothier, dont les exposés sont généralement d'une tournure si impersonnelle⁶ nous livre tout de même ses réflexions à ce propos : « A ne considérer que la pure raison de droit, le seigneur qui saisit féodalement paraît ne pas

1. *Des fiefs*, n° 186 (t. IX, p. 542).

2. Ailleurs il emploie l'expression de « propriété momentanée », *De la prescription*, n° 57 (p. 337).

3. *Des fiefs*, n° 231 (t. IX, p. 553).

4. Ce qui est conforme à l'art. 73 des Coutumes d'Orléans (t. I, p. 165).

5. Ce qui est conforme à l'art. 72 (t. I, p. 164).

6. Qui fait contraste avec la façon de du Moulin : « dico... », etc...

devoir être tenu d'entretenir les baux à ferme et à loyer faits par le vassal ; un bail à ferme ou à loyer ne donne au fermier ou locataire aucun droit dans la chose, il ne produit qu'un engagement personnel du bailleur, qui s'oblige envers le fermier ou locataire de le faire jouir ; il ne peut donc y avoir que le bailleur et ceux qui succèdent à ses obligations, ... qui puissent être tenus de ces baux : les successeurs à titre singulier tels qu'un acheteur ou un légataire, n'en sont pas tenus¹,... à plus forte raison le seigneur, qui a saisi féodalement, n'en doit donc pas être tenu ; ce seigneur ne tenant point son droit du vassal qui a fait le bail, n'étant point son successeur, et étant rentré *proprio jure*, dans la possession de son fief »². Pothier, ayant ainsi respecté le principe, s'incline devant les dispositions des Coutumes de Paris et d'Orléans, qui admettent le contraire dans un but d'équité (pour ne pas exposer le vassal aux recours en garantie des fermiers évincés), mais il en écarte les baux à rente « perpétuelle, viagère ou pour un long temps »³.

3° *Le droit de commise*

C'est la sanction de la rupture de foi et hommage. Pothier le définit « le droit qu'a le seigneur de fief de confisquer et réunir à toujours à son domaine le fief de son vassal, pour punition de son désaveu ou de sa félonie »⁴.

Il y a eu un grand effort des jurisconsultes, en faveur du vassal, pour enfermer le désaveu (prétention à l'allodialité ou reconnaissance d'un autre seigneur) dans de strictes limites. Pothier le justifie de la sorte : « La disposition des coutumes qui prononce la peine de la commise en cas de désaveu, étant une disposition pénale, doit être restreinte suivant cette maxime : « *Odia restringenda* »⁵. Le seul désa-

1. C'est l'art. 1743 du Code civil qui a décidé du contraire.

2. *Des fiefs*, n° 232 (t. IX, p. 553 et 554).

3. Le maintien du bail à fief ou à cens ne fait naturellement pas question.

4. *Des fiefs*, n° 249 (t. IX, p. 558).

5. N° 251 (p. 558). Pothier donne à ce brocard un sens restrictif des dispositions pénales des coutumes. Il faut remarquer qu'il ne suit pas les autres auteurs qui disent, comme Bouteillier par exemple, que « Droit haïeux est le droit qui, par coutume du pays, est contraire au droit écrit », *Somme rural*, titre I.

veu retenu est celui qui est fait *rei et personae*, sans excuse et judiciairement.

Une difficulté intéressante se présente ici, et Pothier y prend nettement position. Y a-t-il désaveu lorsqu'on prétend posséder en franc-alleu ? On n'aurait même pas formulé l'interrogation autrefois, mais le mouvement contre la commise y avait abouti. Pothier rapporte d'abord, pour la négative, l'opinion de Guyot¹ :

« M. Guyot pense qu'un tel désaveu n'est point un désaveu parfait, qui donne lieu à la commise ; un désaveu parfait est lorsqu'on dénie tenir du seigneur qui réclame et qu'on dit tenir d'un autre ; que l'injure du désaveu consiste à se vouloir donner à un autre seigneur qu'à son véritable seigneur, et que ce n'en est point une que de réclamer seulement la liberté de son héritage, qu'on prétend être franc »².

Si Pothier avait eu une véritable inclination pour la pleine propriété renouvelée des Romains, et une aversion profonde des liens féodaux, il ne pouvait trouver de plus belle occasion de faciliter la prétention à l'allodialité, en faisant disparaître le risque de commise. La voie lui était toute tracée par Guyot. Mais nous le voyons s'opposer lui-même cette fois et combien vigoureusement aux soi-disant alleutiers.

« L'opinion contraire, suivie par Brodeau³, Duplessis⁴ et Livonière⁵, me paraît plus véritable ; le principe sur lequel est fondé l'autre opinion est faux ; il est faux que l'injure que contient le désaveu consiste à vouloir se donner à un autre qu'à son véritable seigneur ; elle consiste simplement à le méconnaître, et il est également méconnu, soit que le vassal se dise relever d'un autre, soit qu'il se dise indépendant ».

1. Nous avons signalé l'apparition à partir de 1738, de son important *Traité des matières féodales*.

2. *Des fiefs*, n° 260 (t. IX, p. 560).

3. *Coutume de Paris, commentée par J. Brodeau*, Paris, 1658, 1669, 2 vol. in-fol. Brodeau était mort en 1653.

4. *Traité de Duplessis sur la Coutume de Paris*, avec des notes de Berroyer et de de Laurière, Paris, 1699, 1702, 1709, in-fol. ; 1726, 1754, 2 vol. in-fol. Duplessis était mort en 1683.

5. Nous avons mentionné plus haut les éditions successives du *Traité des fiefs* de Pocquet de Livonière.

Mais voici que le Maistre arrive à la rescousse, brandissant du Moulin. Pothier le rabroue.

« Lemaître¹, qui est de l'avis de M. Guyot, ose citer Dumoulin pour garant de son opinion, mais il le prend à contre sens ; il est vrai que Dumoulin sur l'article 43 de la *Coutume de Paris*, n° 70, dit que c'est un vrai désaveu, si le vassal *negat feudum ipsum moveri à patrono : secus si negat feudum esse 'ligium,' vel subjectum mori Vulquecini, vel alii qualitati et conditioni praetensae per patronum : etiamsi affirmaret feudum francum et liberum*. C'est sur ces derniers termes que Lemaître se fonde ; mais ces derniers termes ne signifient pas « que le vassal soutient son héritage être en franc-aleu » mais ils signifient « que le vassal soutient que son fief n'est sujet à aucuns droits utiles, et ne doit que la bouche et les mains »² ; c'est le vrai sens dans lequel ces termes doivent être entendus, autrement Dumoulin serait contraire à lui-même ».

Pothier a d'ailleurs raison, grâce à cet autre passage de du Moulin : « *Cum vassallus absolute negat, et prehensorem et qualitatem in quaprehendit : hoc est plane abnegat ipsam feudalitatem, sive contendat rem prehensam esse allaudialem, sive non. Satis est quod plane abnegat feudalitatem moveri a prehendente* »³.

Donc Pothier se refuse énergiquement à suivre le Maistre et Guyot sur la brèche qu'ils ouvrent à l'édifice féodal, armés d'une contrariété apparente de du Moulin.

De même, il applique le dernier texte de du Moulin au soi-disant censitaire, vis-à-vis de qui le doute est plus fort. « Le sentiment pour la commise paraît le plus conforme au

1. *La Coutume de Paris, rédigée dans l'ordre naturel de la disposition de ses articles, par le Maistre*, Paris, 1700, in-fol. ; 1741, in-fol.

2. La bouche et les mains, c'est-à-dire l'hommage ; d'après l'art. 2 de l'ancienne Coutume de Paris le seigneur prenait les mains du vassal, qui lui donnait un baiser sur la bouche. Du Moulin s'est élevé contre l'indécence de cet usage ; son avis a été suivi, et l'art. 63 de la nouvelle *Coutume de Paris* prescrit seulement que le vassal doit mettre un genou en terre. Cette gène parut d'ailleurs exorbitante du droit commun, et devoir être réservée au roi, étant indécente également pour les particuliers (Henrion de Pansey, sur le *Traité des fiefs de Dumoulin*, p. 42, note 7).

3. *Des fiefs*, n° 260 (IX, p. 561).

principe », dit-il, mais il concède que « la défaveur de la commise pourrait cependant *in praxi*, faire incliner pour le sentiment contraire »¹.

La commise n'a pas lieu de plein droit, elle s'exerce par une action en justice tendant à la confiscation du fief au profit du seigneur, qui est acquise par la sentence. Pothier admet qu'à partir du désaveu le seigneur a un *jus ad rem*, sanctionné par l'action ci-dessus, qu'il considère comme une *condictio ex lege*. Il suit donc les légistes, qui en avaient fait une action d'injures fort semblable à celle des Romains, s'éteignant par le pardon et ne se transmettant aux héritiers ni activement ni passivement.

Pour lui les charges réelles et les hypothèques ne se résolvent pas par la commise : il accepte le sentiment de du Moulin, qui l'avait déjà emporté sur celui de d'Argentré dans la jurisprudence². Par contre les obligations personnelles du vassal ne passent pas sur la tête du seigneur (en cas de bail à ferme ou à loyer, ou de vente sans tradition)³.

Quant à la commise pour félonie, injure atroce faite par le vassal au seigneur ès qualités, il y adapte purement et simplement les cinq causes de révocation des donations pour ingratitude, de la législation de Justinien, toujours à l'instigation de du Moulin.

1. *Eod. loc.*

2. D'Argentré soutenait qu'on devait appliquer le même principe que pour la saisie féodale, la commise étant une résolution du droit du vassal *ex causa antiqua et inhaerenti contractui feudali*. Le raisonnement était bon, mais du Moulin, hostile aux vieilles règles féodales, en vint à bout en opposant qu'en toute justice le vassal ne devait pas par son fait préjudicier à des tiers ayant acquis des droits sur le fief et sur lesquels la peine retomberait (et l'art. 958 du Code civil fait application de ce principe en cas de révocation d'une donation pour cause d'ingratitude du donataire). D'Aguesseau fut le dernier à défendre la vieille règle ; son argumentation est rapportée par Henrion de Pansey sur le *Traité des fiefs de Dumoulin*, p. 546.

3. Les conventions ne produisent que des obligations personnelles au temps de Pothier. La vente translatrice de la propriété par elle-même n'existe que depuis le Code civil (art. 1138 et 1583) ; cependant son effet peut encore être neutralisé en faveur d'un autre acquéreur par le jeu de la transcription.

4^o *Le dénombrement et la saisie faite de dénombrement*

« Le dénombrement est une description que le vassal doit donner à son seigneur, par le détail, de tous les héritages et droits qu'il tient en fief de lui »¹. Pothier entre dans le détail de la forme et du contenu de cet acte. Si le vassal doit dénombrer tous les fiefs qui se trouvent derrière le sien dans la chaîne féodale, cela peut le conduire loin, dans certains cas. Pothier pose la question.

« Ce que chacun des arrières-vassaux tient en fief du vassal, doit-il pareillement être détaillé, comme ce que le vassal possède lui-même en domaine ? Dumoulin décide pour l'affirmative, et il dit même que pour cela le vassal doit insérer dans le dénombrement qu'il donne à son seigneur, les dénombremments qui lui ont été donnés à lui-même par ses arrières-vassaux. Néanmoins M. Guyot dit que cela ne s'observe pas, parce que ce détail deviendrait immense à l'égard des grands fiefs »².

Admettant l'impossibilité pratique, Pothier essaie tout de même de ménager les intérêts du seigneur suzerain : « il serait au moins à propos que le vassal citât dans son dénombrement les derniers actes de dénombremments qui ont été donnés par les arrière-vassaux, à lui ou à ses auteurs, le temps auquel ils ont été passés, le notaire qui les a reçus, afin que le seigneur pût y avoir recours, s'il s'élevait, quelque jour, quelque question sur les choses qui relèvent en arrière fief de lui ».

Il montre ensuite que le dénombrement reçu fait foi contre le vassal et contre le seigneur, mais ne prévaut pas contre les dénombremments antérieurs, ni le titre primitif d'inféodation, s'il existe, à moins toutefois d'une possession contraire, parce que, dit-il, « suivant les principes de Dumoulin et de tous les auteurs³, la possession centenaire équipolle à un titre »⁴.

1. *Intr. au titre des fiefs*, n° 103 (t. I, p. 70) et *des fiefs*, n° 341 (t. IX, p. 583).

2. *Des fiefs*, n° 345 (t. IX, p. 584). Du Moulin et d'Argentré pensaient que le dénombrement devait contenir le détail circonstancié des arrières-fiefs.

3. Ce n'est pas tout à fait exact, puisqu'au même numéro Pothier rapporte les objections de Guyot.

4. *Des fiefs*, n° 390 (t. IX, p. 597).

La sanction du défaut de dénombrement, est la saisie féodale faute de dénombrement ; celle-ci ne constituant qu'un simple empêchement à la jouissance du vassal, le seigneur ne recouvre pas la propriété, ni la possession, mais seulement la garde, la *custodia*. « Si on voulait soutenir, avec Dumoulin, que le seigneur possède, il ne possède la chose que *tanquam alienam* »¹. Cette considération est intéressante.

5^o *Le profit de vente, ou de quint*

Le profit de vente est l'un de ces profits de fief, les fiefs étant chargés envers les seigneurs de certains droits *utiles* qui leur sont dus pour les mutations² et qui s'accordent si mal avec la seigneurie purement honorifique dont Pothier nous a entretenus plus haut. Il rappelle que ce fut le prix, à l'origine, du consentement du seigneur à l'aliénation, devenu de son temps un profit de vente³ généralement fixé au cinquième⁴.

Pour l'étudier, il pose une maxime générale : « Ce qui donne ouverture au profit de quint est la vente du fief », d'où il extrait trois principes : 1^o « C'est la vente qui donne ouverture au profit de quint » ; 2^o « C'est la vente du fief et non d'autre chose » ; 3^o « Tant qu'il n'y a pas un contrat de vente parfait il ne peut y avoir ouverture au profit de quint »⁵. Il tire, de ces principes une série de corollaires et s'étend dans l'examen détaillé⁶ de leur application pratique dans une multitude de cas⁷.

1. N^o 400 (p. 600). Dans sa glose 3 sur l'art. 6 de l'ancienne Coutume de Paris, du Moulin écrit que la saisie féodale faute de dénombrement rend le seigneur saisissant véritable possesseur du fief, comme la saisie féodale faute d'homme ; mais il écrit aussi qu'elle ne met le fief dans la main du seigneur que comme un simple gage.

2. *Des fiefs*, n^o 408 (t. IX, p. 602).

3. Droit de mutation à titre onéreux, le fisc s'étant ainsi de nos jours substitué au seigneur à cet égard.

4. Il était d'usage parmi les seigneurs de faire remise du tiers ou du quart du profit de vente.

5. N^o 411 (p. 602 et 603).

6. Celui-ci occupe 42 pages de son *Traité des fiefs* (t. IX, p. 603 à 644).

7. Dans l'ensemble, la perception et la restitution du profit se faisaient plus favorablement pour les parties que dans notre fiscalité actuelle.

Notons la définition du contrat de vente qu'il donne ici : « le contrat de vente proprement dit, est un contrat par lequel l'un des deux contractants s'oblige envers l'autre à lui faire avoir une chose pour un certain prix convenu, qui doit consister en une somme d'argent que cet autre contractant s'oblige de son côté de payer »¹. Comparons-la à celle qu'il a donnée dans son *Traité du contrat de vente* : « Le contrat de vente est un contrat par lequel l'un des contractants, qui est le vendeur, s'oblige envers l'autre *de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire*², une chose, pour le prix d'une certaine somme d'argent que l'autre contractant, qui est l'acheteur, s'oblige réciproquement de lui payer »³. Nous voyons tout de suite que l'expression « lui faire avoir librement, à titre de propriétaire » de la seconde définition a été réduite à « lui faire avoir » dans la première définition, donnée pour l'étude des institutions féodales. C'est donc que Pothier éprouve une certaine gêne

1. N° 433 (p. 608 et 609) et suiv. En dehors de la vente, les contrats principalement envisagés sont 1° l'échange au sujet duquel il y avait anciennement diversité dans les Coutumes ; mais les actes royaux de 1645, 1673 et 1674 ont généralisé la perception du droit, en l'attribuant aux receveurs du domaine royal là où les Coutumes ne l'avaient pas établi ; 2° le bail à rente sans démission de foi ne peut donner lieu à aucun profit ; pour le bail à rente perpétuelle avec démission de foi, il n'était pas dû de lods et ventes mais seulement le relief (au contraire des baux à rente rachetable (n° 633, p. 676) ; si pour les baux d'immeubles urbains à rente foncière perpétuelle (mais rachetable de par les ordonnances) Pocquet de Livonière (*op. cit.*, p. 151) estime que le droit n'est pas dû en Anjou, un arrêt du Grand Conseil du 9 juin 1739 décide justement l'opposé, pour une maison sise à Angers (il y a un arrêt analogue du Parlement de Paris du 15 juin 1744, en cas de rentes non rachetables assignées sur une maison de Baugé). La perception des droits de mutation était une source considérable de procès, notamment en cette matière des rentes : les rentes constituées, les rentes foncières rachetables et les rentes foncières non rachetables ne se sont séparées nettement que pendant l'intervalle des deux rédactions de la Coutume de Paris (1510-1580) surtout sous l'influence de du Moulin qui cependant fait encore peu de cas, quant à la nature du contrat, de la faculté de rachat. Voir Henrion de Pansey sur le *Traité des fiefs de Dumoulin* p. 195 à 204, note 21.

2. Ces mots sont en italique, dans le texte.

3. *Traité du contrat de vente*, n° 1 (t. III, p. 1). Rappelons les dispositions du Code civil, art. 1582 : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer », et art. 1599 : « La vente de la chose d'autrui est nulle ». Pothier réservait le cas de vente de bonne foi de la chose d'autrui, conformément à la tradition romaine. Il n'est nullement contraint dans l'établissement de ses définitions, puisqu'il dit (n° 2, p. 2) que la vente « est entièrement du droit naturel », et « se gouverne par les seules règles tirées de ce droit ».

à parler nettement de propriété dans les propositions de départ pour régler notre matière alors que, cependant, il désigne couramment, dans ses développements, par propriété le droit du vassal.

De même encore il ouvre l'exposé des conséquences du troisième de ses principes en le formulant d'une nouvelle façon : « La vente qui donne ouverture au profit de quint est celle qui est non-seulement parfaite, *mais consommée par la translation de propriété du fief* »¹, se rangeant en cela à l'avis de d'Argentré et non de du Moulin (ce dernier n'exige pas la tradition réelle ou feinte pour qu'il y ait lieu à profit de quint)². L'expression de translation de propriété est venue ici sous sa plume.

Néanmoins il se trouve bientôt placé devant un cas assez difficile à cet égard : si l'acheteur contraint de délaisser la chose parce qu'elle appartient à autrui, est hypothéquée ou frappée d'une rente foncière, l'a déjà possédée un temps appréciable, le profit est-il dû ? Il constate que du Moulin est pour l'affirmative en raison de ce que le contrat a produit un effet, la perception des fruits, et il défend l'opinion de du Moulin : « Qu'on n'oppose pas que la vente, faite à l'acheteur qui a délaissé l'héritage sur une action en revendication, n'a pas opéré de mutation, parce qu'elle ne lui a pas transféré la propriété ; car les mutations se considèrent, non pas tant de la part des propriétaires que des possesseurs, *qui civiliter possident* ; ce sont les possesseurs, comme possesseurs, qui sont chargés des devoirs et des droits seigneuriaux, lesquels étant des charges du fief, suivent le possesseur, ainsi que l'observe du Moulin, § 33, gl. 1, q.45, n° 149) »³. Il déclare que « ces raisons sont convaincantes »,

1. *Des fiefs*, n° 490 (t. IX, p. 625).

2. N° 497 (p. 627). Il parle de propriété, alors que ces auteurs parlent de *dominium* (utile).

3. *Des fiefs*, n° 515 (t. IX, p. 635). Du Moulin, dans sa glose 1 sur l'art. 33 de l'ancienne Coutume de Paris, dit que le relief, les lods et ventes, etc..., sont des droits utiles formant le patrimoine du seigneur, lui tenant lieu de l'objet inféodé ou donné à cens, le représentant et étant censés en faire partie, qu'il ne faut donc pas confondre avec de simples servitudes : c'est le domaine même du seigneur.

sauf disposition contraire des coutumes et par conséquent il se montre infidèle à son principe.

Le profit de quint peut être demandé à l'acheteur¹ par une action personnelle assortie du droit de saisie féodale. Pothier appelle cette action « personnelle réelle » ou « *personalis in rem scripta* »², mais à tort, semble-t-il, car cette prétendue action mixte doit s'analyser en deux actions jointes³.

Naturellement le seigneur n'était pas obligé de se contenter du profit de quint : il avait l'option entre la perception du profit de quint et l'exercice du retrait féodal. Cette alternative empêchait les fraudes de déclaration de prix⁴.

6° *Le profit de rachat (ou de relief)*⁵

C'est, écrit Pothier, « un droit féodal, qui consiste dans le droit qu'a le seigneur d'avoir une année du revenu du fief relevant de lui toutes les fois qu'il change de main, à l'exception des cas auxquels il est dû un profit particulier de vente et de quelques cas⁶ auxquels il n'est dû que la foi sans profit »⁷. Pour l'étudier il édicte, dans son *Introduction au titre des fiefs des Coutumes d'Orléans*, vingt règles et, dans son *Traité des fiefs*, douze règles accompagnées de corollaires. Nous n'en retiendrons que celles qui pourront nous éclairer sur la position de Pothier.

1. Selon la seconde rédaction des Coutumes de Paris et d'Orléans, c'est par l'acheteur qu'il est dû.

2. N° 525 (p. 639).

3. Cf. Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, thèse, Paris, 1881, in-8° (p. 8 et suiv.). Chénon critique vivement l'opinion de Pothier qui affirme l'existence d'actions mixtes, et il s'attache à montrer que les diverses sortes indiquées par Pothier ne sont pas véritablement des actions mixtes.

4. Aujourd'hui le fisc est dépourvu de cette arme ; il est évident que s'il pouvait prendre lieu et place de l'acheteur, les prix déclarés dans les actes de vente s'élèveraient sensiblement.

5. C'est le futur droit fiscal de mutation à titre gratuit.

6. La plupart des coutumes exemptent du profit de rachat les successions et donations en ligne directe.

7. *Des fiefs*, n° 542 (t. IX, p. 645). Ce sujet est aussi longuement étudié par Pothier, qui lui consacre 54 pages (p. 645 à 698). Les deux chapitres relatifs aux profits de vente et de rachat sont les plus étendus. Il n'y a aucun doute que ces deux droits soient devenus en pratique à son époque, les deux traits les plus importants de l'institution féodale.

Voici par exemple une proposition à remarquer : « Les mutations de fief se règlent plutôt du côté de la possession, quoique séparée de la propriété, qu'elles ne se règlent du côté de la propriété, séparée de la possession »¹. Ceci nous paraît être la conséquence de ce que le droit du vassal n'a été envisagé comme propriété que très tard, bien après l'établissement des usages sur la perception des profits. Il s'ensuit que « lorsque le propriétaire du fief en a perdu la possession, les mutations qui arrivent de la part des possesseurs qui se portent pour propriétaires sans l'être, sont de vraies mutations, qui donnent lieu au rachat ». Il mentionne que c'est l'opinion de du Moulin, fondée sur le fait que les droits féodaux pèsent sur ceux qui possèdent les fiefs et en perçoivent les fruits. Il s'ensuit encore ceci : « lorsque le fief est possédé par un autre que par le propriétaire, les mutations qui arrivent dans la propriété ne donnent pas lieu au profit de rachat »². Nous nous expliquons maintenant l'expression trompeuse employée dans la définition du profit de rachat : « toutes les fois qu'il change de main ». C'est qu'en effet il peut s'agir de mutation de possession.

Quelques lignes plus loin nous apprenons par contre que si le vassal aliène son fief pendant la saisie féodale il y a lieu à profit de rachat, alors que nous avons appris antérieurement que « *la saisie féodale donne au seigneur saisissant la vraie possession et même la propriété* »³. Ici il nous dit : « dans la réalité le vassal conserve la propriété du fief »⁴. On pourrait croire que Pothier chercherait à concilier ses affirmations contradictoires par une distinction subtile (nous suggérons deux propriétés conditionnelles ou successives)⁵, mais il n'en est rien, A l'objection « que deux ne peuvent posséder *in solidum*, que le fief étant en la main et possession du seigneur, ne peut passer de la main du vassal en celle d'un autre », voici la réplique : « deux ne peuvent à la

1. N° 559 (p. 652).

2. *Des fiefs*, n° 562 (t. IX, p. 653).

3. N° 137 (p. 530).

4. N° 566 (p. 655).

5. Comme nous le constatons plus loin, p. 145, Pothier admet le droit de propriété réversible du preneur à bail pour plus de neuf ans.

vérité posséder réellement *in solidum* ; aussi il n'y a réellement que le vassal qui possède : *durant la saisie féodale, le seigneur n'a que la détention naturelle et utile de la possession, c'est le vassal qui est le possesseur de droit* »¹. Nous sommes donc dans l'obligation de constater la contradiction absolue de Pothier quant à l'effet de la saisie féodale. De plus, que penser de cette « détention naturelle et utile de la possession » ?

Les mutations de fief par succession du seigneur justicier en cas de déshérence ou de confiscation² donnent lieu au profit de rachat, à moins que le seigneur ne le mette hors de ses mains dans l'année (ce qui donne lieu au profit de quint ou de rachat).

Le mariage de la femme y donne lieu également dans beaucoup de coutumes ; « la raison en est, que le mari devient l'homme du seigneur pour raison des fiefs de sa femme, dont il acquiert, pendant le mariage, une espèce de domaine, non de propriété, mais de gouvernement et d'autorité »³. Pothier donne au mot de domaine la signification de puissance, de maîtrise, de pouvoir, sur la chose, qui peut avoir lieu à des titres et à des degrés différents. Ici c'est un domaine de gouvernement et d'autorité, ailleurs ce sera le domaine de propriété, ou le domaine de supériorité. Le domaine se colore par ces qualifications.

Ordinairement le vassal doit offrir, selon les coutumes, trois choses au choix du seigneur : le revenu réel de l'année en nature, la valeur de celui-ci appréciée par le vassal, la valeur estimée par dire de deux prud'hommes. Nous aurons à revenir à propos du retrait féodal sur le cas d'option du seigneur pour le revenu réel de l'année, car il jouit alors par ses propres mains de tous les fruits naturels et civils⁴.

1. Même n°.

2. C'était la succession aux biens des condamnés à mort. La confiscation a été supprimée par la charte de 1814, art. 57 : « La peine de la confiscation des biens est abolie et ne pourra pas être rétablie ».

3. *Des fiefs*, n° 634 (t. IX, p. 677).

4. Du Moulin, fidèle à sa doctrine, écrit dans sa glose sous l'art. 34 de l'ancienne Coutume de Paris que le seigneur en ce cas, n'agit pas comme particulier étranger à la chose, comme usufruitier jouissant de la chose d'un autre, mais comme ayant réuni la *jouissance* du domaine utile, à la *propriété* du domaine direct.

7^o Le retrait féodal

Il est intéressant de retenir ce que nous enseigne Pothier sur la nature de ce retrait : « Le retrait féodal, selon les principes de Dumoulin (qui ont été suivis par quelques anciens arrêts, et par quelques Coutumes), doit se définir par le droit qu'a le seigneur *de réunir à son domaine* le fief relevant de lui, lorsqu'il est vendu à un étranger, ou aliéné à prix d'argent, en remboursant à l'acquéreur le prix et les loyaux coûts de son acquisition »¹. Il le distingue du droit de prélation du bailleur à emphytéose de Justinien qui est *in re vendenda* et non *in re jam vendita*. A la définition de du Moulin, il en oppose une autre : « Selon la nouvelle jurisprudence du Parlement de Paris, qui a lieu dans notre coutume, et dans toutes celles du ressort qui n'ont pas de disposition contraire, le retrait féodal est le droit qu'a le seigneur féodal, lorsque le fief est vendu, de prendre le marché de celui à qui il a été vendu, et *de s'en rendre acheteur* à sa place ». Ce nouveau principe est bien opposé à celui de du Moulin, d'un droit, gardé par le seigneur, de réunion du fief servant au fief dominant. En effet il en fait un droit d'achat, cessible « une simple obvention féodale,... un fruit de fief ». Ayant ainsi exposé l'ancien principe de du Moulin, et celui de la la nouvelle jurisprudence, Pothier ne les pèse pas² : il ajoute seulement que ce retrait peut être regardé comme conventionnel, provenant explicitement ou implicitement du titre d'inféodation ; mais il accepte tout au long par la suite les effets de la nouvelle jurisprudence.

1. *Des fiefs*, n° 692 (t. IX, p. 698).

2. Dans son *Traité des retraits*, il adopte purement et simplement la nouvelle jurisprudence : « Le droit de retrait seigneurial est le droit qu'a le seigneur, en sa qualité de seigneur, de prendre le marché de l'acquéreur, lorsque l'héritage mouvant de lui est vendu » (*Des retraits*, n° 533, t. III, p. 415). Il admet aussi une sorte de retrait seulement conventionnel, et non seigneurial, différent du droit de réméré, puisqu'il ne joue qu'en cas de revente. Du Moulin a d'ailleurs abandonné sa première opinion, pour considérer le seigneur comme un acquéreur obligé de respecter les droits réels consentis, avant l'aliénation par le vassal. Cette volte-face de du Moulin est antérieure à la nouvelle jurisprudence. Pothier ne paraît pas en être au courant.

Les conditions d'ouverture du retrait féodal sont les mêmes que pour le profit de quint. La même question se pose de savoir s'il y a possibilité de retrait en cas de vente non encore suivie de tradition¹. Pothier rappelle que du Moulin est pour l'affirmative, et d'Argentré pour la négative².

Il déclare le droit de retrait cessible³. Le bien retrayé tombe en communauté comme conquêt.

Le suzerain qui jouit du fief pendant une année pour en percevoir le profit de rachat, a-t-il le droit de retrait féodal de l'arrière fief vendu en ce temps ? Oui, si l'on applique la nouvelle jurisprudence, qui fait de ce droit un simple fruit⁴.

Pendant la saisie féodale le suzerain peut également l'exercer, puisque, dit Pothier en variant une fois de plus sur l'effet de la saisie féodale « pendant ce temps, il peut exercer tous les droits attachés au fief, qui est censé, pendant ce temps, être réuni au sien ».

Dans ces deux cas, le suzerain devient de la sorte, pour le fief retrayé, vassal de son vassal : « on ne trouve plus aujourd'hui en cela d'indécence, dit Pothier, et rien n'est si commun que de voir un seigneur vassal de son vassal »⁵.

Enfin, il assigne comme effet au retrait féodal conformément à la nouvelle jurisprudence que « le seigneur devient acheteur du fief à la place de celui sur lequel il exerce le retrait féodal »⁶. Par conséquent cela entraîne la conservation des droits réels frappant le fief⁷ ; le seigneur étant un acquéreur à titre particulier, il en résulte que les charges réelles ou hypothèques provenant du vendeur ou de ses

1. Cf. ci-dessus, p. 110.

2. *Des fiefs*, n° 702 (t. IX, p. 701 et 702). A propos de la même controverse sur le profit de quint, Pothier s'est rangé derrière d'Argentré.

3. N° 742 (p. 717). C'est une extension importante du droit du seigneur. Du Moulin et la plupart des anciens feudistes décidaient pour la négative. Voir Henrion de Pansey, sur le *Traité des fiefs de Dumoulin*, p. 412, note 7.

4. N° 754 (p. 722). Cf. n°s 682 et 683 (p. 695).

5. N° 755 (p. 722).

6. N° 780 (p. 731).

7. Voir la question du jeu de fief plus loin, p. 118. L'ancien principe faisait rentrer le fief dans la main du seigneur en effaçant les droits réels créés par les jeux de fief.

auteurs subsistent ¹. Ce système fortifie sensiblement le droit de propriété du vassal.

8° *Le droit de chasse* ²

Qui a le droit de chasse sur les terres tenues en fief ? « C'est le propriétaire qui les tient en fief, qui a le droit de chasse sur lesdites terres, et non le seigneur de qui il les tient en fief » ³. Quant au seigneur dont le fief relève directement, et au seigneur haut-justicier, la jurisprudence leur accorde par bienséance la faculté de pouvoir chasser sur le fief, en personne seulement et modérément. Pothier fixe fortement le droit de chasse sur « le seigneur propriétaire du fief, qui est le véritable propriétaire du droit de chasse » ⁴.

D. — Attributs du domaine utile

Il reste à établir les droits du vassal à l'égard de son fief ; ils sont étendus, et l'on est amené tout naturellement à caractériser la condition du vassal par voie de restriction, en énumérant, après les droits du seigneur, les autres limitations apportées au domaine du vassal par le fait de l'exis-

1. M. Grandclaude, dans son *Cours de doctorat 1933-1934 sur l'histoire de la propriété foncière*, p. 336, indique que certains feudistes tenaient pour un système intermédiaire, sauvegardant le principe que le seigneur reprenait tout le fief (les jeux de fief et droits réels consentis par le vassal étant *res inter alios acta*), mais accordant une indemnité aux titulaires de ces droits, basée sur l'idée d'enrichissement sans cause. Henrion de Pansey est du nombre.

2. Nous ne parlerons pas des droits de banalités et de corvées, qui peuvent appartenir au seigneur de fief, sur toutes les terres et personnes de son territoire. On donnait à ces droits, au XVIII^e siècle, une source conventionnelle (consentement exprès ou tacite). Cf. Pothier, *Intr. au titre des fiefs*, n^{os} 348 et suiv. (t. I, p. 137 à 140) ; Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales*, Toulouse, 1751, in-4, p. 340. Comme dit Henrion de Pansey, ce sont des droits féodaux accidentels : ils ne dérivent pas du droit commun féodal et ne peuvent avoir lieu que par une convention expresse : *Traité des fiefs de Dumoulin*, 1773, *Intr.*, p. 28, et *Dissertations féodales*, 1789, t. I, p. 173 et suiv. Les seigneurs banniers sont le plus souvent les seigneurs hauts-justiciers.

3. *Du droit de domaine de propriété*, n^o 34 (t. IX, p. 116).

4. N^o 38 (p. 118). Nous avons déjà parlé du droit de chasse à propos de l'alleu, p. 84.

tence même du domaine direct. Pothier examine ces restrictions à la fin de son *Traité des fiefs*.

1° *Le démembrement*¹

Pothier adopte les vues de du Moulin : « Dumoulin, sur le § 51, *olim* 35, glos. 1, n° 1, et suiv., distingue trois espèces de démembrement : *Dismembratio a capite*, *dismembratio a corpore*, *dismembratio a capite et a corpore simul* »². Et voici la définition de ces trois espèces de démembrement, empruntée à Dumoulin.

1° « *Dismembratio a capite, quando totum feudum recognoscitur ab alio, et sic separari attentatur a capite suo dominantis* »³ Ceci ne peut arriver que par la prescription de quarante ans entre deux seigneurs, qui fait passer le fief tenu par le vassal de la mouvance d'un seigneur négligent dans celle d'un autre.

2° « *Dismembratio a corpore, est quando de uno feudo fiunt duo vel plura feuda ab eodem tamen veteri patrono semper recognoscenda* »⁴. C'est le vrai démembrement, qui opère la séparation des choses constituant le fief en plusieurs parties, sans porter atteinte à leur mouvance du fief dominant.

3° « *Dismembratio a capite et corpore simul est, quando pars feudi tanquam feudum separatum recognoscitur ab alio* »⁵. On retombe dans la première espèce.

Pothier ne s'attache à juste titre qu'à la seconde espèce, et il commente la partie de l'article 51 de la nouvelle Coutume de Paris⁶ qui dit que « le vassal ne peut démembrer son fief au préjudice, et sans le consentement de son seigneur »⁷. Il explique qu'il ne s'agit pas du fonds, mais du

1. L'aliénation totale du fief (avec démission de foi) a été étudiée à propos du droit de quint. Il suffit donc d'en faire mention ici.

2. *Des fiefs*, n° 789 (t. IX, p. 735).

3. N° 789 (p. 735).

4. N° 791 (p. 735).

5. N° 792 (p. 735).

6. Cette réformation date de 1580, sous Henri III.

7. Ce qui correspond à ce qui était dit à l'art. 35 de l'ancienne Coutume, rédigée sous Louis XII, en 1510.

titre auquel il est tenu, de la foi : d'un fief, le vassal ne peut pas faire deux fiefs séparés sur le même rang féodal à moins que le titre de son fief demeure entier. Le fief peut bien être scindé en deux fiefs, mais l'indivisibilité du titre permettra au seigneur, en cas de commise ou de saisie féodale, de jeter les mains sur les deux fiefs des covassaux. Il constate cependant que les Coutumes d'Orléans prêtent au doute sur ce point et que l'usage est en faveur du démembrement du titre de fief.

2° *Le jeu de fief*

Pothier donne la suite de l'article 51 de la nouvelle Coutume de Paris concernant le vassal, qui « bien se peut jouer et disposer et faire son profit des héritages, rentes ou cens étant dudit fief », alors que l'article 52 de l'ancienne Coutume était plus bref : « un vassal se peut jouer de son fief ». Il distingue après Guyot le jeu de fief avec profit, lorsqu'il y a démission de foi du vassal pour la partie aliénée, l'acquéreur s'en chargeant mais le titre restant unique, et le jeu de fief sans profit¹, lorsque le vassal reste chargé de la foi et hommage en son entier. La nouvelle Coutume de Paris limite le jeu de fief sans profit aux deux tiers du fief, et requiert que le vassal se retienne « quelque droit seigneurial *et* domanial sur ce qu'il aliène », « tel qu'est, dit Pothier, un droit de supériorité féodale, un droit de cens qui soit représentatif de la supériorité civile qu'il conserve sur la partie dont il aliène seulement l'utilité, pour laquelle propriété civile il demeure toujours l'homme du seigneur, l'homme du fief, et vassal pour la partie aliénée, comme pour celle qu'il retient »². « Supériorité civile », « propriété civile » voilà donc les termes par lesquels Pothier désigne ici le domaine direct.

Il résulte de cette réglementation que le vassal peut par le jeu de fief sans profit aliéner partiellement son fief, sans

1. C'est-à-dire sans paiement de droit au seigneur.

2. *Des fiefs*, n° 800 (t. IX, p. 738).

toucher à la foi et hommage qu'il doit au seigneur, et sans lui payer de droits, en sous-inféodant, accensant, baillant à emphytéose, à rente etc., précise Pothier en arguant de l'article 7 de la Coutume d'Orléans, plus extensif. Mais, appuyé sur le texte de la Coutume de Paris, il dit que, quelque soit la dénomination donnée à la redevance retenue, celle-ci a le caractère seigneurial¹. Le vassal peut allonger l'échelle féodale, mais ne peut soustraire les éléments de son fief de la mouvance. Pothier ne tente pas d'interpréter la Coutume de Paris comme permettant l'aliénation sous la réserve d'un droit qui ne soit pas seigneurial, mais purement foncier².

Le jeu de fief sans profit est très dangereux pour le seigneur ; il renforce le droit de propriété du vassal, ne donne pas lieu à droit de mutation, et diminue la valeur du fief pour les mutations futures. La nouvelle Coutume de Paris le limite aux deux tiers du fief, pour sauvegarder dans une certaine mesure l'intérêt du seigneur et empêcher que le fief devienne un fief en l'air. La Coutume d'Orléans a continué de permettre le jeu de fief pour la totalité, d'autant plus périlleux pour le seigneur que l'aliénation peut être consentie par le vassal en échange d'un capital (deniers d'entrée) accompagné d'un cens modique, et que de la sorte la substance du fief disparaît pour ne laisser que des droits réco-

1. N° 801 (p. 739). La rétention de la foi doit donc être accompagnée de la rétention d'un droit seigneurial utile (casuel ou annuel), domanial.

2. M. Grandclaude, *loc. cit.*, p. 342, expose que si Henrion de Pansey adopte en principe une opinion restrictive de l'art. 51 de la nouvelle Coutume de Paris (semblable, comme nous venons de le voir, à celle de Pothier), une autre opinion a cherché à élargir le texte en lui faisant dire qu'il exigeait la rétention d'un droit « seigneurial ou domanial » plutôt que « seigneurial et domanial ». Un droit simplement domanial pouvait dès lors transformer une partie du fief, non en arrière-fief, censive ou autre roture soumise à un droit seigneurial, mais en roture imprécise, mal rattachée à la mouvance féodale. Henrion de Pansey lui-même dans ses *Dissertations féodales*, t. II, p. 386, substitue la conjonction « ou » à « et » ; mais c'est accidentel dans son ouvrage, et il n'en est pas tiré profit. Pothier n'est pas dans le mouvement à ce point de vue ; Pocquet de Livonière (*op. cit.*, p. 72 et 73)... trouve délicat de savoir si la simple rétention d'un service annuel suffirait à valider le jeu de fief, et dit qu'il est plus sûr de retenir expressément la mouvance, la Coutume d'Anjou, art. 201 et 202, devant entendre par *devoir annuel* un devoir seigneurial ; cependant cet auteur admet (p. 565), avec Brodeau et Duplessis, que tout seigneur peut donner un héritage en franc-alleu, au préjudice du suzerain : il en donne pour raison que la Coutume d'Anjou, art. 208, permet d'abonner la foi.

gnitifs et honorifiques décharnés. Pothier relate qu'une sentence du bailliage d'Orléans, confirmée par un arrêt de 1543 rapporté et approuvé par du Moulin en ses notes sur l'ancienne Coutume d'Orléans¹, regarde comme valable la rétention de foi dans un bail à cens ou à rente à l'occasion duquel le bailleur reçoit une somme excédant la moitié de la valeur ou même égalant la valeur entière de l'héritage. Il est certain que cette décision est extrêmement préjudiciable au seigneur ; nous allons alors constater sur le vif le retour offensif au XVIII^e siècle du droit seigneurial.

Voici en effet ce que dit Pothier : « Cette question ... n'avait depuis souffert aucune difficulté pendant plus de deux siècles, et toutes les études de notaires sont remplies d'une infinité de ces baux, qu'aucun seigneur ne s'était avisé d'attaquer »². Une pratique bi-centenaire, appuyée sur le silence de la coutume, la jurisprudence et l'opinion de du Moulin, telle est la situation. Pourtant, « depuis quelques années, la question s'est renouvelée, et on a fait imprimer un arrêt³ qu'on prétend avoir jugé la question pour la négative ». L'argument contre la pratique est qu'il ne s'agit pas là de vrais baux à cens ou à rente, mais de baux fictifs, dénaturés en vue de frauder les seigneurs dont les fiefs relèvent. Pothier rétorque que « la réponse est facile à faire, l'article de notre coutume qui permet au vassal de bailler son fief à cens, rente, ferme ou pension, avec rétention de foi, sans payer de profit, n'est qu'une conséquence de ce principe général en matière de fiefs, qui se trouve en l'article 35 de l'ancienne Coutume de Paris, qu'un vassal peut se

1. Pothier, n° 804, p. 741, fait aussi état d'un autre arrêt de 1538 (et non 1638) rendu dans l'ancienne Coutume de Paris, rapporté par du Moulin.

2. N° 804 (p. 740). Voir aussi la note 1 sous l'art. 7 de la Coutume d'Orléans (t. I, p. 143).

3. Arrêt de 1752. Il arrivait souvent à cette époque que l'on fit imprimer en feuilles volantes, sous de beaux frontispices, les arrêts que l'on estimait de quelque intérêt sur des questions débattues ; les avocats pouvaient se les procurer immédiatement, sans attendre leur insertion dans les recueils de jurisprudence et les références des ouvrages juridiques. La distribution de ces feuilles d'un prix modique augmentait aussi la répercussion de ces arrêts, par une diffusion plus grande et plus rapide. Il y avait là une sorte de propagande jurisprudentielle.

jouer de son fief jusqu'à démission de foi, sans payer de profits : ces termes, *se jouer*, comme nous l'avons observé après Dumoulin, signifient disposer avec une liberté aussi étendue qu'on puisse concevoir qu'ont des joueurs de disposer à quelque titre que ce soit, pourvu que le vassal ne se démette pas de la foi, et qu'il retienne dans l'héritage dont il dispose, quelque droit qui puisse être représentatif d'un *dominium civile* par lui retenu et auquel soit rattachée la charge de la foi et des devoirs féodaux. Notre article 7 n'est qu'une suite de ce principe ... »¹. Pothier rattache l'article 7 de la Coutume d'Orléans à l'article 35 de l'ancienne Coutume de Paris, de manière à lui donner un sens large ; il admet seulement que si la fraude apparaît (par exemple s'il y a rétrocession du cens) on n'aura pas égard² au bail apparent³. Il reste l'arrêt contraire de 1752 : « quoiqu'il ait été imprimé avec le titre d'arrêt célèbre, rendu en interprétation de la Coutume d'Orléans, écrit Pothier, il n'est pas bien certain qu'il ait jugé la question : si la Cour a condamné à payer le profit, c'est sur des circonstances qui faisaient présumer que l'intention des parties n'était pas que le bail à cens dont il est question, restât bail à cens ... Enfin, il ne doit pas prévaloir à un usage constant, dans lequel on a vécu pendant plus de deux siècles. Vouloir faire de cet arrêt une loi qui ait décidé la question, c'est mettre des armes à la main aux traitants des francs-fiefs, contre une infinité de personnes qui ont acquis, par bail à cens, des héritages, dans la

1. Même n°.

2. On considérera que le preneur possède à titre de fief, comme arrière-vassal, ce qui n'empêchera pas le cens de subsister, mais comme simple redevance foncière, la tenure ne pouvant être féodale et censuelle sur la même tête. N° 805 (p. 741).

3. Henrion de Pansey, sur le *Traité des fiefs de Dumoulin*, p. 509 et suiv., relate l'opinion des auteurs quant à la sanction du jeu de fief, excessif ou irrégulier. Un premier groupe tient pour la résiliation (Duplessis, Guyot, Bourjon). D'autres (Beaumanoir, du Moulin, Charondas, Chopin, Brodeau, Bacquet, Ferrière) préfèrent transformer le jeu en démembrement : il y a démission de foi, et l'acquéreur devient vassal immédiat du seigneur ; on discute seulement de l'étendue des droits, sur l'excédent ou sur le tout. D'autres enfin proposent des solutions originales (Auzanet : commise de l'excédent ; Le Camus : inexistence de l'aliénation vis-à-vis du seigneur). Pothier doit être placé dans le second groupe ainsi qu'Henrion de Pansey (*Dissertations féodales*, t. II, p. 493 et suiv.).

confiance que les tenant à cens, elles ne seraient point sujettes au droit de franc-fief. C'est troubler quantités de familles dans lesquelles ces héritages se sont partagés comme biens censuels ... Telle n'a point été certainement l'intention de la Cour. Si la Cour avait voulu rendre cet arrêt en interprétation de la Coutume d'Orléans, elle l'aurait rendu en forme de règlement ; ne l'ayant point fait, on ne peut tirer aucune conséquence de cet arrêt »¹. Pothier, comme tous les jurisconsultes contrariés par un nouvel arrêt, objecte les circonstances dans lesquelles il a été rendu, le tort porté aux parties, l'usage, et le fait qu'il n'a pas été rendu en forme de règlement.

Pothier fait ainsi un gros effort pour valider le jeu de fief sans profit contre deniers d'entrée. Malheureusement son argumentation n'a pas obtenu gain de cause : l'éditeur de ses œuvres posthumes note qu'un autre arrêt du 14 juin 1775, enregistré au bailliage d'Orléans le 28 novembre est semblable à celui de 1752 et paraît avoir jugé la question, ne dénotant pas de circonstances particulières². La réaction seigneuriale en la matière triomphe donc dans la Coutume d'Orléans à la fin du XVIII^e siècle.

Cet arrêt permit de regarder comme propriétaires de fief un grand nombre de censitaires, dont les baux à cens s'étaient faits avec deniers d'entrée ; les seigneurs des vassaux qui s'étaient joués ainsi de leur fief prétendirent que ces censitaires devenaient leurs vassaux ; les traitants des francs-fiefs exigèrent à leur tour le droit de franc-fief de la plupart d'entr'eux qui étaient roturiers. « Les contraintes, les demandes à fin d'hommage et de quint, multipliées à l'infini, jetèrent le trouble et la confusion dans l'Orléa-

1. N^o 804 (p. 741).

2. Henrion de Pansey, dans ses *Dissertations féodales*, t. II, p. 377 à 380, relate qu'il s'agit d'une contestation élevée entre Louis Philippe, duc d'Orléans et le président Rolland, à l'occasion d'un bail à cens fait par ce dernier à la veuve Lanoue ; que jamais la question n'avait été discutée avec autant d'appareil (le duc d'Orléans était défendu par Tronchet), et que le parlement, « sentant enfin combien il était important de fixer irrévocablement les idées sur un point d'un usage aussi journalier », rendit son arrêt en forme de règlement. Henrion de Pansey le date du 14 juillet 1775.

nais »¹. Le parlement s'émut des conséquences de son arrêt, et le roi donna des lettres-patentes, enregistrées le 27 mars 1781, maintenant le *statu quo* dans la Coutume d'Orléans pour tous les baux à cens avec deniers d'entrée conclus et non attaqués le 14 juillet 1775².

Les conséquences graves de cette jurisprudence, prévues par Pothier, étaient évitées, mais il restait que les biens baillés désormais de la sorte ne seraient plus réputés censuels.

Les baux à cens ou à rente consentis par un vassal peuvent être inféodés par le seigneur (art. 5 à 8 de la Coutume d'Orléans), qui se trouvera ainsi obligé de les respecter. Mais cette inféodation n'a lieu que par son consentement ou sa négligence ; elle se produira lorsque le vassal, au lieu de lui porter la foi pour la terre elle-même, lui portera la foi pour le droit de cens ou de rente retenu. Pothier indique que le seigneur doit bien prendre garde à ce que l'aveu mentionne : « un tel héritage, dont un tel est détenteur », et non le cens ou la rente, car sinon le fief relevant de lui se réduirait à cet égard au cens ou à la rente³. Henrion de Pansey déclare que c'est une distinction fort ingénieuse⁴, qui permettra au seigneur de méconnaître le bail en question si par aventure dans l'aveu figure en premier lieu le mot « héritage », et par conséquent de saisir, retenir ou tirer profit de l'héritage lui-même, au lieu du cens modique ; cet auteur ajoute que les magistrats ont regardé la distinction de Pothier « comme un pur jeu de mots », dans leur arrêt de 1785, et décidé que si le seigneur a accepté un aveu qui l'instruisait du jeu de fief, il y a inféodation.

Hormis le cas d'inféodation du bail à cens ou à rente, le jeu de fief n'est pas opposable au seigneur. Il en découle les conséquences suivantes :

1. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, t. II, p. 497.

2. Le mouvement s'était étendu, entre temps, dans les Coutumes semblables à celle d'Orléans, et le roi accorda également des lettres-patentes pour empêcher la nouvelle jurisprudence de remonter dans le passé. (Coutume de Péronne, Montdidier et Roye, 1781 ; Coutume de Senlis, 1782 ; Coutume de Saint-Quentin, 1788 ; Coutume de Montargis, 1786).

3. Pothier, *Intr. au titre des fiefs*, n° 279 (t. I, p. 118) et *Des fiefs*, n° 807 (t. IX, p. 742).

4. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, t. II, p. 505.

1^o la saisie féodale, le cas échéant, du fief du vassal portera sur l'héritage baillé, et ne se restreindra pas au cens ou à la rente¹;

2^o s'il se produit une mutation, le seigneur percevra le profit de quint sur la valeur de l'héritage estimée par prud'hommes, ou le profit de rachat eu égard au revenu de l'héritage, le prix de cession et le montant de la redevance non inféodée étant hors de cause²;

3^o s'il y a vente du cens et que le seigneur fasse le retrait féodal, est-ce l'héritage qui sera retrayé, ou le droit de cens ? Pothier, dans son *Introduction au titre des fiefs de la Coutume d'Orléans*, déclare qu'il y a retrait de l'héritage, et que le seigneur retrayant devra rembourser seulement les loyaux coûts des contrats, le prix de vente du cens, et les deniers d'entrée payés par le censitaire³. On voit tout de suite que cette décision a pour résultat l'enrichissement du seigneur, qui pourra reprendre éventuellement une terre bien défrichée et entretenue, en remboursant des deniers d'entrée modiques et dépréciés ; pourquoi ne pas considérer, comme pour le quint, la valeur réelle de l'héritage ? L'opinion de Pothier est désastreuse pour le tenancier, et n'est accompagnée d'aucune justification. Dans le *Traité des fiefs*, il prend l'opinion la plus opposée : « le seigneur ne peut retirer féodalement que le droit de cens »⁴, et il ajoute, cette fois, que c'est la conséquence de son principe que le seigneur retrayant est acheteur et ne peut avoir plus de droit que le vendeur ;

4^o en cas de commise, la confiscation ne porte que sur le cens ou la rente, le seigneur ne rentre dans le droit du vassal qu'à la charge du domaine utile⁵.

Nous avons été étonné de voir Pothier adopter d'abord un mode de retrait féodal aussi préjudiciable aux intérêts du

1. *Intr. au titre des fiefs*, n^o 282 (t. I, p. 119) ; *des fiefs*, n^o 811 (t. IX, p. 742).

2. *Intr. au titre des fiefs*, n^o 812 (p. 743). Ces dispositions sauvegardent le droit du seigneur. Elles sont conformes aux art. 5 à 8 de la Coutume d'Orléans.

3. *Intr. au titre des fiefs*, n^o 283. La Coutume est muette sur ce point. Pothier ne dit mot des recours.

4. N^o 814 (p. 743).

5. *Intr.*, n^o 284 (t. I, p. 119) ; *des fiefs*, n^o 813 (t. IX, p. 743).

censitaire, qui ne reçoit du seigneur retrayant que les deniers d'entrée. Car Pothier a déjà accepté dans son *Introduction au titre des fiefs*¹ le principe que le retrayant prend seulement lieu et place de l'acheteur, et il aurait pu l'appliquer dès ce moment ; s'il ne voulait pas aller à cette solution extrême, qui donne tout de même effet au bail à cens à l'encontre du seigneur qui est censé ne pas le connaître, il lui était au moins loisible de proposer un dédommagement raisonnable du tenancier.

Henrion de Pansey a étudié la question². Il rappelle : que les anciens docteurs tenaient pour le brocard : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, donc pour l'annulation des baux ; que du Moulin finit par n'accorder au retrayant que les droits de l'acquéreur (maintien des baux), ainsi que d'Argentré. Mais un arrêt du parlement de 1581 permit le retrait d'héritages accensés trois ans seulement avant la vente du cens. Henrion de Pansey montre que cet arrêt impressionna la plupart des auteurs, qui ne remarquèrent pas assez qu'il s'agissait en l'espèce de réprimer une fraude (dite *normande*). Pothier a du être de ce nombre, mais Henrion de Pansey établit fortement que la seule attribution des deniers d'entrée³ au tenancier évincé est injuste, contradictoire avec la disposition de la Coutume d'Orléans quant à l'assiette du droit de quint, et avec la nullité du bail à cens contenant la stipulation de ces deniers d'entrée.

Enfin, Pothier est revenu à l'avis de du Moulin et de d'Argentré, si défavorable aux prétentions des seigneurs vis-à-vis des censitaires des baux à cens non inféodés⁴.

1. N° 230 (t. I, p. 105).

2. *Dissertations féodales*, p. 513 à 521.

3. Il y avait d'ailleurs contestation sur le point de savoir si cet arrêt limitait nettement le remboursement aux deniers d'entrée. Henrion de Pansey n'a pas retrouvé le registre contenant cet arrêt.

4. Selon Henrion de Pansey, c'est la solution intermédiaire qui semble l'emporter dans la jurisprudence : résolution des baux à cens, non inféodés, en cas de retrait féodal, mais avec dédommagement équitable des censitaires.

3^o La réunion des fiefs

Lorsque le fonds baillé à fief ou à censive revient dans les mains du seigneur¹, est-il réuni féodalement au fief de celui-ci ? Les coutumes varient à ce sujet ; sauf déclaration contraire du seigneur, pour les unes il y a réunion, pour les autres², il n'y a pas réunion. La réunion n'est donc pas obligatoire, et quand elle n'a pas lieu, la situation de ce fonds est bizarre. Le seigneur n'a pu en faire un alleu, ce qui atteindrait le rapport féodal du degré supérieur ; donc on est obligé de considérer qu'il a à la fois sur ce fonds le domaine utile, qu'il vient précisément d'acquérir, et son domaine direct antérieur, séparément. Qu'en pense Pothier ? — « On dira peut-être qu'il est absurde que la même personne, qui serait propriétaire de l'héritage dominant et du servant, fut en même temps seigneur et vassal ; qu'il répugne qu'une personne soit vassale d'elle-même, qu'elle se doive à elle-même la foi et hommage, ou un cens. La réponse est que, lorsque le fief dominant et le fief servant appartiennent au même maître, ainsi qu'il est certain que cela se peut dans notre droit, l'exercice de la supériorité, soit féodale, soit censuelle, du fief dominant, et la servitude du fief servant sont à la vérité suspendus, ... mais cela n'empêche pas que ces héritages ne conservent leurs qualités respectives de dominant et de servant, parce que ces qualités sont réelles, et se considèrent dans les héritages *abstractive a persona possessoris* »³. Il défend donc cette division si peu en harmonie avec les principes du droit romain, en arguant de la hiérarchie propre des terres.

1. Cette réunion peut se faire par l'accomplissement d'une condition apposée dans l'inféodation (fiefs réversibles), par extinction de parage, par acquêt, par mariage, par succession, par commise, par confiscation.

2. Dans les Coutumes d'Orléans, la réunion n'a lieu qu'au prochain port de foi et hommage.

3. *Des fiefs*, n^o 816 (p. 744).

4^o La déloyauté du seigneur

Le seigneur devant amitié et protection à son vassal, qu'arrive-t-il s'il se rend coupable d'une de ces injures qui, faites par le vassal, motivent la commise ? La réciprocité a-t-elle lieu ? Pothier nous répond en des termes dignes de remarque : « Les mêmes injures qui, étant commises par le vassal contre le seigneur, donnent lieu à la commise du fief du vassal, doivent donner lieu à la privation de la directe ou dominance du seigneur, lorsqu'elles sont commises par le seigneur envers le vassal : *Hoc est, dit Dumoulin, de substantia et patronatus et clientelae quae ex mutua benignitate et correlatione subsistit... in tantum quod patronus privandus sit proprietate feudi* (il entend la directe qu'a le seigneur sur le fief de son vassal), *si in clientem enormem offensam commiserit ex qua cliens privatur feudo si eam in patronum perpetrasset. Molin. § 3, glos. 4, n^o 10 et suiv. »*¹.

Pothier n'a pas pu laisser passer le terme de « *proprietas* » employé par du Moulin pour qualifier le droit du seigneur, sans le faire suivre d'une parenthèse où il rectifie la prétendue impropiété de langage de ce dernier.

L'effet de cette suppression de directe, de dominance, n'est pas bien entendu de transformer en franc-alleu le fief tenu par le vassal, mais de le faire relever dorénavant en plein-fief du seigneur supérieur². Le vassal et son fief gravissent de la sorte un degré dans la hiérarchie féodale des personnes et des terres.

La commise du domaine direct fait ressortir la réciprocité du lien de fidélité entre le seigneur et le vassal, et l'union indissoluble de la fidélité et de la mouvance, qui empêche aussi que le seigneur puisse céder à un tiers le droit d'exiger en son seul nom la foi du vassal. Le vassal en effet ne peut être obligé de porter la foi qu'à celui auquel

1. *Des fiefs*, n^o 337 (t. IX, p. 582). Voir aussi *Intr. au titre des fiefs*, n^o 101 (t. I, p. 69).

2. A moins que le seigneur soit alleutier : dans ce cas le vassal jouira désormais de son fief allodialement. Pothier ne soulève pas cette hypothèse.

le domaine direct de son fief appartient¹. Or ce domaine direct est attaché au fief dominant, et il en résulte que le seigneur ne peut céder sa directe sans céder son propre fief².

Pothier ne traite pas de cette question.

1. C'est ce qu'affirme du Moulin dans sa glose 3, n° 29, sur l'art. 1 de l'ancienne Coutume de Paris. Henrion de Pansey, sur le *Traité des fiefs de Dumoulin*, p. 322, note 13, indique l'opinion contraire de d'Argentré et de Guyot, et l'opinion conforme de Loyseau, qui écrit que « les droits honorifiques des seigneurs ne sont pas tout à fait personnels... et ne sont pas aussi réels tout à fait, pour ce que la terre ou seigneurie n'est capable de recevoir en foi ; mais ils sont mixtes, étant attribués à la personne à cause de la chose... ; ils sont inhérents inséparablement et ne peuvent être transférés dans la seigneurie à laquelle ils appartiennent » et de Legrand, selon lequel « la foi et hommage sont inséparablement attachés au fief ; le seigneur féodal ne peut pas vendre le droit de féodalité, c'est-à-dire ses vassaux, ou les mouvances de sa terre, en les cédant ou transportant à d'autres, et retenir pourtant le domaine et propriété de ce fief, duquel relèvent lesdits vassaux ».

2. Voir aussi du Moulin, fin de la glose sur l'art. 35. Henrion de Pansey, p. 489, note 6, rappelle qu'à plusieurs reprises cette règle empêcha de séparer du royaume de France certaines provinces (Languedoc, Bretagne, Bourgogne), malgré les traités.

CHAPITRE III

LA CENSIVE ET LE CHAMPART

A. — La censive

I. Définition

« Le contrat de bail à cens, dit Pothier, est un contrat par lequel le propriétaire d'un héritage¹ ou d'un autre droit immobilier l'aliène, sous la réserve qu'il fait de la seigneurie directe, et d'une redevance annuelle en argent ou en fruits, qui doit lui être payée par le preneur ou ses successeurs en reconnaissance de ladite seigneurie »².

Pour du Moulin, c'était un contrat transférant le domaine utile d'un fonds moyennant le paiement d'une pension annuelle et perpétuelle, le cens, avec la rétention du domaine direct et des droits seigneuriaux : « *Apud nos contractus censualis est quando dominium utile certi fundi transfertur sub annua et perpetua pensione, nomine census, retento dominio directo et juribus dominicalibus. Et ita generaliter accipitur et usitatur in toto hoc regno* »³.

Pour Preudhomme, l'accensement est « un contrat par

1. Fief ou franc-alleu...

2. *Traité des cens*, n° 1 (t. IX, p. 751).

3. Du Moulin, préface du titre des censives, n° 20. Il semble exiger au moins deux prestations, le cens et, par exemple, les lods et ventes. Notons aussi que du Moulin écrit pour la censive *retento dominio directo*, au lieu de *retenta proprietate* pour le fief.

lequel le propriétaire d'un fief se démet et dessaisit de tout ou partie de sa propriété, et la transfère en la personne du preneur, pour par lui en jouir en tout droit de propriété, ses hoirs et ayans-cause, moyennant une redevance annuelle que le propriétaire du fief se réserve sur l'immeuble dans l'intention de conserver la seigneurie directe »¹.

De la Poix de Fréminville remet un modèle de bail à cens, dont voici l'essentiel : « Messire M., a, par ces présentes, volontairement baillé, cédé, quitté, transporté et délaissé, dès maintenant et à toujours, avec promesse de garantir et faire jouir, à titre de bail à cens, intrage, profits de lods et ventes, marciages et autres droits seigneuriaux, à N., ci-présent et acceptant, preneur et retenant, audit titre, pour lui, ses hoirs et ayans-cause. C'est à sçavoir une terre labourée et cultivée, située etc. ; pour que ledit sieur preneur, ses héritiers et ayans-cause, *jouir, faire et disposer dudit héritage, ainsi que de chose à lui appartenante* au moyen des présentes, *transportant* ledit seigneur bailleur pour et au profit dudit N., ses hoirs et ayans-cause, *tous et tels droits de propriété*, fonds, entrées issues, noms, raisons et actions, saisines et possessions que ledit seigneur de ... a, peut avoir, prétendre et demander en, et sur ledit héritage *sans aucunes réserves*, voulant ... que ledit N., en soit et demeure vêtu, saisi, mis et reçu en bonne possession, et saisine, en vertu des présentes, et sans qu'il soit besoin d'autre tradition, acte ni formalité »². Ce modèle ne diffère de celui qu'il a donné pour la concession de fief que par la disparition de l'amitié, de la donation, de la foi et hommage, et par les charges seigneuriales. Le droit de propriété y est également bien établi³.

Le cens est donc une redevance, récognitive de la seigneurie directe, seigneuriale et imprescriptible. Ce contrat,

1. Preudhomme, *Traité des droits appartenans aux seigneurs sur les biens possédés en roture*, Paris, 1781, p. 95.

2. *Op. cit.*, p. 11. De la Poix de Fréminville énumère ensuite une série de clauses particulières sur la dîme, le cens, les lods et vente etc..

3. Cela n'empêche pas l'auteur de conseiller, si un censitaire refusait de reconnaître sous prétexte d'une rectification apportée dans la reconnaissance, de lui opposer que *non tam sibi quam domino possidet*, *op. cit.*, p. 218.

sorte de fief roturier¹ est bien de nature féodale, mais il fait au censitaire une condition morale inférieure à celle du vassal²; à l'origine, la foi et hommage, le service militaire et de cour donnaient de la noblesse aux devoirs du vassal, qui recevait le fief en même temps que l'amitié et la protection du seigneur. En prenant la censive, le censitaire s'engage à un versement annuel en espèces ou en nature, obligation purement onéreuse. Certes la disparition des services d'ost et de cour et l'établissement des profits de vente et de relief avaient bien changé le caractère du fief, mais il resta la foi et hommage, lien personnel, et la possibilité pour le vassal de sous-inféoder, se créant ainsi des vassaux. La censive³ est en impasse sur la chaîne féodale,

1. Beaumanoir l'appelle : « fief en vilenage » et Ragueau (*Glossaire du droit français*, t. I, p. 473) « fief roturier ». La Coutume de Toulouse le dénomme « fief ». Cf. l'article de M. H. Richardot dans la *Revue historique de droit français et étranger*, *Le fief roturier à Toulouse aux XII^e et XIII^e siècles*, 1935, t. II, p. 307 à 359 et t. III, p. 495 à 569; cf. aussi Dalloz, *Jurisprudence générale*, au mot *Propriété féodale*, n° 225.

2. « La mouvance féodale a quelque chose de plus honorable; elle est plus distinguée que la tenure censuelle. Cependant les roturiers préfèrent la tenure censuelle à la mouvance féodale; car les roturiers qui possèdent des fiefs sont bien plus fatigués que les autres qui tiennent des biens à cens. Ceux qui possèdent des fiefs sont assujettis à quantité d'obligations qui leur sont bien à charge : droits de franc-fiefs tous les vingt ans..., de relief, de quint et requint..., de commise. Lorsqu'ils désavouent leur seigneur, ils sont exposés à la perte des fruits de leur fief, tandis que ceux qui possèdent des héritages en roture ne sont sujets qu'aux droits de lods et ventes, qu'ils ne paient qu'une fois, et à la censive, qui est une modique redevance annuelle, pour raison de laquelle il n'y a aucune perte de fruits. C'est aussi en considération de ces différentes obligations, que les roturiers sont plus jaloux de posséder des biens en roture que des biens en fief : car ils acquièrent les immeubles à cens bien plus cher que les fiefs, qu'ils estiment un tiers moins que les biens en roture », Preudhomme, *op. cit.*, p. 12. Beaumanoir (*Coutume de Beauvoisis*, chap. XXVII, dernier n°) estime déjà les héritages censifs 1/6 de plus que les hommages. Quant à Pocquet de Livonière (*op. cit.*, p. 526), il indique que les dommages-intérêts accordés à l'acheteur à qui un fief a été vendu comme prétendue censive, consistent généralement en la diminution d'1/5 du prix. Remarquons que les terres étaient présumées rotures, plutôt que fiefs ou alleux (sauf au regard du droit de franc-fief, écarté seulement si l'on prouve la qualité roturière ou allodiale de la terre).

3. Les censives, qui ne donnaient pas à leurs possesseurs l'importance politique, et sociale attachée aux seigneurs des fiefs, dont elles dépendaient d'ailleurs, étaient très nombreuses en France au XVIII^e siècle. La propriété était très morcelée, et les petites propriétés étaient pour la plupart des censives.

En Artois, on appelle encore aujourd'hui « censiers » les cultivateurs et « cense » une ferme dans le langage courant (sous l'ancien régime déjà on y appelait censiers indistinctement les preneurs à censive, à rente foncière, ou à ferme).

car le seigneur censier retient une seigneurie directe plus complète que celle de son propre seigneur et la foi s'est arrêtée sur lui. Le censitaire n'a qu'un domaine utile dépouillé de tout attribut seigneurial ; il a une obligation féodale : le cens ; il n'a pas de droit féodal. Le fonds ne peut plus être baillé à fief, ni à cens : cens sur cens ne vaut.

Sur l'article 122 des Coutumes d'Orléans (ancien art. 131) : « Héritage tenu à cens ne se peut bailler à autre cens », Pothier développe cette raison que « le censitaire n'ayant précisément que ce qu'il y a d'utile dans le *dominium* de l'héritage, et rien de ce qu'il y a d'honorifique, il ne peut, en aliénant, se retenir un vrai droit de cens réognitif d'une seigneurie directe, qui est quelque chose d'honorifique ; car il ne peut se retenir ce qu'il n'avait pas »¹. Une telle aliénation se résoudrait en bail à rente foncière.

Pothier appelle bien « seigneurie directe » le droit que s'est réservé le seigneur ; on pourrait s'attendre à trouver sous sa plume la « seigneurie utile » du censitaire. Il n'en est rien ; Pothier évite cette expression, tout au moins ici pour désigner son droit et préfère parler de propriété utile. Le droit sur le fonds, lui aussi, devient roturier. D'autres auteurs emploient plus largement le terme de seigneurie.

Pothier ne s'étend guère sur les censives². Cela tient, croyons-nous, à ce que le droit du censitaire est plus proche du droit de propriété absolue, objet de son *Traité du droit de domaine de propriété*.

II. *Attributs du domaine direct*

1° *Le cens et le surcens.*

« Le cens étant une redevance imposée sur l'héritage, est une charge de l'héritage ; il est dû principalement par l'héritage, le possesseur de l'héritage ne le doit qu'en sa qualité de possesseur de l'héritage ; d'où il suit qu'il peut

1. Coutume d'Orléans, art. 122, en note (t. I, p. 186).

2. Le *Traité des cens* n'occupe que 34 pages de l'édition Bugnet. Or « les immeubles en roture composent la meilleure et la plus grande partie de la fortune des particuliers », Preudhomme, *op. cit.*, p. VI.

s'en libérer pour l'avenir, en aliénant ou déguerpissant l'héritage »¹. Quoique récongnitif de la seigneurie directe, le cens ne suit donc pas la personne, mais le fonds. C'est une charge foncière, à laquelle Pothier accorde, selon le droit commun, l'indivisibilité et l'imprescriptibilité²; seuls les arrérages échus se prescrivent par trente ans³.

Le caractère symbolique de cette redevance en fait un droit extrêmement modique : le cens est un signe plutôt qu'une valeur, il est « plus honorable qu'utile »⁴.

Sauf pour les alleux de ci de là transformés en censives par les efforts des seigneurs, on s'expliquerait mal le dévelop-

1. *Des cens*, n° 6 (t. IX, p. 753). Pothier y rattache le cens à la règle : « nulle terre sans seigneur ».

2. Non de la valeur du cens, mais de son existence même. Quelques rares coutumes (Auvergne, Bourbonnais, Bourgogne, Bresse, Lodunois, Marche, Tours), admettent la prescription du cens. Mais de la Poix de Fréminville déclare que dans ce cas la terre redevient fief, et le censitaire devient vassal du seigneur suzerain, au même rang que le seigneur qui a laissé prescrire sa directe (*op. cit.*, p. 155). Cet auteur emploie cette considération de la transformation de la censive en fief, pour impressionner les censitaires qui seraient tentés d'opposer la prescription, lors de la rénovation d'un terrier : il leur montre le danger de procès longs et coûteux sur la validité de la prescription, qui a pu être interrompue pendant des siècles pour plusieurs causes (il en donne, p. 518, un exemple frappant), et les charges plus lourdes auxquels ils seraient soumis comme vassaux : saisie féodale faute de foi et hommage, d'aveu ou de dénombrement, frais de ces actes, droits de franc-fief (p. 470 et suiv.). Il est obligé cependant de constater (p. 478) que beaucoup de propriétaires, en fait, ayant prescrit le cens dans ces coutumes, se gardent de faire foi et hommage au roi, grâce à la négligence du procureur du roi ; il relate qu'Auroux des Pommiers, commentateur de la Coutume de Bourbonnais, les reconnaît comme alleutiers, mais il lui oppose aussitôt Guyot et divers arrêts. Signalons que la plupart des auteurs attribuent à la prescription du cens, quand elle est admise, l'effet de convertir la censive en alleu : Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, t. I, p. 102 et suiv.

3. Comme nous le savons, un réveil des droits seigneuriaux s'est manifesté au XVIII^e siècle. Lorsqu'un seigneur rétablissait des droits qu'il avait longtemps négligé de percevoir, il pouvait prétendre aller jusqu'à réclamer, en outre, les arrérages échus des 29 dernières années. La jurisprudence était, semble-t-il, favorable. Henrion de Pansey, dans ses *Dissertations féodales*, t. I, p. 295 rapporte : 1° un arrêt de Chaource, du 26 avril 1755, qui condamne 122 particuliers à payer les arrérages de différents droits qui n'étaient plus perçus de temps immémorial ; 2° un arrêt du 28 août 1776 qui déclare le marquis de Courtenvaux seigneur universel du territoire de Tonnerre, impose sur chaque arpent 1 sol de censive, et condamne les habitants à lui payer 29 années d'arrérages desdits droits échus au 31 mai 1768, jour de la première demande. Henrion de Pansey, remarquons-le bien, est hostile à cette jurisprudence, mais il pense que c'est le droit commun.

4. N° 11 (p. 756). Du Moulin, au n° 20 de la préface au titre des censives de la Coutume de Paris, écrit : « *modicum annuum canon quod praestatur in recognitionem dominii directi* ».

pement de ce genre d'amodiation s'il n'avait du procurer que cette maigre redevance périodique. Mais celle-ci fut fréquemment doublée d'une autre : « On distingue ordinairement le cens en chef-cens et sur-cens. Le chef-cens est le cens proprement dit, la première redevance imposée à l'héritage, récognitive de la seigneurie directe. Le sur-cens est celle qui y est ajoutée ; et ce sur-cens n'est pas proprement un cens, mais une simple rente foncière sujette à prescription »¹. Le sur-cens pouvait donc constituer un revenu appréciable, et rendre encore attrayant le bail à cens, à l'époque de Pothier, pour le seigneur ou l'alleutier.

Si le cens proprement dit n'est pas payé, y a-t-il quelque chose d'analogue à la saisie féodale ou à la commise ? Non : il y a une amende, le défaut, et une espèce de saisie censuelle, qui n'est proprement qu'un arrêt².

2° *Les profits censuels.*

Ils ne sont pas de l'essence du bail à cens, mais de sa nature et varient selon les coutumes.

Le profit de vente est généralement le douzième du prix, parfois le sixième³ ; quant au profit dû à toutes mutations, appelé relevoison, c'est un multiple du cens ou parfois une année de revenu, qui n'est plus guère maintenu que par la Coutume d'Orléans (art. 124 et suiv.).

Communément, un seul de ces profits existe, les lods et ventes.

3° *La reconnaissance et la saisie censuelles.*

En dehors de l'action qu'a le seigneur pour se faire exhi-

1. N° 13 (p. 756). La règle « cens sur cens ne vaut » prohibe le sous-accensement, dangereux pour le seigneur censier, et la reconnaissance d'un second seigneur censier (qui fournirait par exemple un capital en échange de la promesse d'un surcens) ; mais elle n'empêche pas que le seigneur censier adjoigne, si la censive revient en sa main, un surcens, un cens « côtier », au cens primitif, quand il fait un nouvel accensement. En ce dernier cas, le coût de cens pouvait d'ailleurs prendre lui aussi le caractère seigneurial.

2. Voir page suivante.

3. Dans les censives de lods et vente des Coutumes d'Orléans, qui admettent aussi des censives à gants et ventes, à vins et vente. Le profit de vente est dans son origine le prix du consentement du seigneur. Quant au lods, à la paire de gants et à la jallaye de vin, c'était ce que donnait l'acquéreur pour son ensaisinement.

ber les titres d'acquisition, pour connaître les profits qui lui sont dus, il a le droit d'exiger de chaque nouveau censitaire une description détaillée de l'héritage, la reconnaissance censuelle.

Pour se faire payer le cens et les profits, il a une action personnelle, et le droit de saisie censuelle¹. Il est intéressant de rechercher l'effet de celle-ci d'après Pothier. « On peut définir la saisie censuelle, la mainmise du seigneur sur l'héritage qui relève de lui à cens, à l'effet d'empêcher le censitaire d'en jouir, jusqu'à ce qu'il ait satisfait à ses devoirs. Cette saisie censuelle n'est proprement qu'un arrêt. La Coutume de Paris, article 74, l'appelle arrêt : notre coutume l'appelle empêchement, obstacle, article 103 »². Il rappelle que la saisie féodale remet dans la main du seigneur du fief la propriété et la possession du bien, alors que « le seigneur de censive, par la saisie censuelle, ne réunit point à son domaine l'héritage qu'il saisit censuellement : il n'en devient, pendant que la saisie dure, ni propriétaire, ni possesseur ; il le tient seulement arrêté et empêché, à l'effet que le censitaire n'en puisse jouir »³. Cette saisie censuelle peut être transformée en saisie-exécution des fruits par la sentence du juge.

Si le censitaire enfreint la saisie, il encourt une amende privée ; il peut s'opposer à la saisie, par contre. Relevons les expressions employées dans les Coutumes d'Orléans ; elles désignent le concédant par « seigneur de censive » ou « seigneur censier ». Mais le concessionnaire ? Voici ce qu'il est dit à l'article 103 (art. 105 de l'ancienne coutume) : « Le seigneur de censive, pour les arrérages de son cens et son défaut, et droicts censuels, peut empescher et obstacler (par un sergent)⁴ l'héritage tenu de lui à cens, si c'est maison par obstacle et barreau mis ès huys : et si c'est terre labou-rable ou vignes, par brandons mis ès fruitcs. Et si le sei-

1. Selon la Coutume de Paris la saisie censuelle n'a lieu que pour le paiement du cens, et non des profits et amendes (art. 74).

2. *Des cens*, n° 52 (t. IX, p. 771).

3. *Eod. loc.*

4. Mots ajoutés lors de la réformation de l'ancienne coutume, en 1583.

gneur ou détenteur brise la main ¹ à luy deuement signifiée, il en chet en cinq sols (tournois) d'amende envers le seigneur censier ». Donc le vieux texte de 1509 appelle « Seigneur » tout court le censitaire. Cela choque un peu Pothier, qui note sur le mot « Seigneur » : « Utile, c'est-à-dire le propriétaire de l'héritage censuel, le censitaire » ². A l'article 104 (art. 106 de l'ancienne coutume) les coutumes parlent de l'opposition de « celui à qui est l'héritage » ; cette expression couvre le censitaire et l'alleutier, car l'opposition peut provenir d'un possesseur qui se dit alleutier.

On peut donc dire, selon l'ancienne coutume, que le censitaire est seigneur ³ de la terre, que l'héritage est à lui. On peut sous-entendre censuellement. A l'article 105, une autre qualification apparaît : « Si le *propriétaire* saisi pour arrérage de cens s'oppose à la saisie, il doit, ou son locataire, avoir main-levée par provision en consignat es mains du seigneur trois années de cens et le défaut ». Cet article a été entièrement ajouté en 1583 ⁴. Le « seigneur » est le seigneur censier, et le « propriétaire » ⁵ est le censitaire, dans ce texte. Pothier est sans doute satisfait de ces dénominations car il ne remarque rien à ce sujet ; il se borne à donner la référence de l'article 45 de la Coutume de Paris, et à dire que notre article est tiré de l'ordonnance de Charles IX, de 1563. Mais il ne cherche pas à tirer parti de ce vocabulaire coutumier, qui aurait pourtant pu être précieux pour marquer et appuyer une doctrine énergique du droit de propriété des tenanciers.

4^o *Le retrait censuel, etc.*

Le droit de retrait censuel n'existe pas dans les Coutumes d'Orléans ; Pothier ne nous en parle donc pas à ce propos.

1. C'est-à-dire la main-mise.

2. Coutume d'Orléans, art. 103, note 7 (t. I, p. 180). Sous l'art. 138, note 3 (p. 193), il dit que « la Coutume appelle ici « seigneurie utile », le droit du preneur ou de ses ayants cause ».

3. On trouve l'expression de « seigneur » à l'égard du censitaire, en dehors de l'art. 103, dans les art. 128 (où Pothier, note 1, t. I, p. 189, rend ce titre au censier et parle de propriétaire à nouveau) et 130 (« seigneur détenteur »).

4. *Procès-verbal de réformation de la coutume* (t. I, p. 751).

5. Cette expression figure aussi dans l'art. 129 (refonte des art. 121 et 132 de l'ancienne coutume).

Il le passe également sous silence dans son *Traité des cens*. Dans son *Traité des retraits*, il dit : « Suivant le droit commun des coutumes, le droit de retrait seigneurial est accordé à tous les seigneurs de fief ; les seigneurs de censive n'ont pas ce droit, si ce n'est dans un petit nombre de coutumes qui le leur accordent »¹. Par suite, il ne lui consacre aucun développement. Il ne s'attache pas davantage au retour de la seigneurie utile de la censive dans les mains du seigneur censier en cas de déguerpissement ou de deshérence.

5° *Le droit de chasse.*

Au point de vue juridique, Pothier est formel : « Ce propriétaire qui [les] tient en censive, n'ayant que les droits utiles, ne peut avoir sur lesdites terres le droit de chasse, qui est un droit d'honneur ; c'est le seigneur de qui lesdites terres sont tenues en censive, qui a le droit de chasse »². Il examine la question de savoir si le gentilhomme qui se trouve tenir une terre en censive n'a pas le droit d'y chasser, en sa qualité non de censitaire, mais de gentilhomme, et il répond par la négative, pour la raison déterminante que le droit de chasse, purement honorifique, reste dans les mains du seigneur censier ; on oppose que, dans ces conditions, la permission de chasser accordée au gentilhomme par l'ordonnance de 1669, est inutile, mais il réplique que celui-ci peut chasser partout où un propriétaire de fief le lui permettra, alors que cela resterait défendu à un roturier. Pothier rattache donc ici le droit de chasse sur une terre au domaine direct, à l'exclusion du domaine utile³. Et pourtant, en matière de fief il fixait le droit de chasse sur la tête du vassal, domanier utile par rapport au suzerain, en arguant de sa qualité de propriétaire du fief, visée par l'ordonnance.

1. *Des retraits*, n° 563 (t. III, p. 422).

2. *Du droit de domaine de propriété*, n° 35 (t. IX, p. 116).

3. En fait il trouve que le seigneur censier serait dur « de priver un gentilhomme de cette récréation sur sa terre qu'il tient de lui en censive, lorsqu'il n'en mésuse pas » (n° 36, p. 117). Signalons qu'en vertu de l'ordonnance de 1669 un roturier possesseur d'un fief peut donc y chasser, et empêcher de chasser un noble qui tiendrait de lui une terre en censive. . . .

Il en résulte que le droit de chasse ne peut être aliéné sans la seigneurie, ni être loué même par le bail à ferme de la terre¹. Il est attaché au fief, et c'est moins en réalité une partie du droit de propriété qu'un droit royal concédé aux possesseurs de fiefs.

Pothier ne tire pas cette conséquence, qui va de soi : le propriétaire de fief peut chasser dans les censives, même dans les enclos². Pothier indique que le droit de chasse permet d'empêcher les autres de chasser sur l'étendue du fief³. Les seigneurs prétendaient parfois que les chiens des particuliers sauf des bergers, devaient avoir les jarrets coupés⁴ ; Pothier ne s'occupe pas de ces questions, qui relèvent de la police et de la réglementation royale.

Dans son *Introduction au titre VII, des garennes et colombiers, de la Coutume d'Orléans*, il déclare que « chacun peut avoir garenne fermée de mur ou d'eau, parce que ces garennes, d'où les lapins ne peuvent sortir, ne peuvent causer aucun dommage aux voisins ... ; on ne peut avoir de garennes ouvertes, sans être fondé en titre pour cela »⁵. Par conséquent le droit de garenne ouverte n'est nullement attaché à la propriété féodale : il exige un titre particulier.

III. — *Attributs du domaine utile*

Des conséquences ci-dessus exposées du contrat d'accensement pour le seigneur censier, il résulte que le domaine

1. N° 42 (p. 119). Aujourd'hui il paraît encore impossible, avec le Code civil, de vendre une terre en retenant le droit de chasse à titre perpétuel et on peut soutenir que le bail d'une terre ne comprend pas le droit de chasse.

2. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales* t. I, p. 364 ; Hervé, *Matières féodales et censuelles*, t. VII, p. 231 : « à la charge d'en user modérément et sans aucun dégât ».

3. N° 47 (t. IX, p. 120).

4. Henrion de Pansey rapporte que le marquis du Hallay, premier veneur du comte d'Artois, fils de France, fit afficher en 1777 dans le Berry deux règlements portant cette prescription ; un fermier dont le chien avait été tué par un garde assigna ce dernier et mit en cause le marquis du Hallay ; finalement un arrêt de la table de marbre des eaux et forêts du 26 février 1780 annula les règlements du comte d'Artois, condamna le marquis du Hallay et le garde à payer trente livres pour la valeur du chien du fermier, et le marquis du Hallay à l'affichage de l'arrêt.

5. T. I, p. 201.

utile du censitaire était amoindri à un certain point de vue par rapport à celui du vassal ; l'absence d'engagement personnel, le caractère roturier, le dépouillaient du droit de donner sa terre à fief, à censive, d'y chasser, ou de la bailler en retenant un droit quelconque de type seigneurial (puisqu'il n'en a pas)¹. Par contre il a aux autres points de vue les droits d'un propriétaire : il peut exploiter, aliéner, constituer des droits réels, et il est soumis à des charges plus légères que celle du vassal : il a été appelé *propriétaire* avant lui.

Le censitaire peut transformer la censive, mais non au point de compromettre le paiement du cens ; il ne peut déguerpir qu'en la laissant en bon état. L'*abusus* est ainsi limité.

Pothier n'entreprend donc pas d'étudier la condition du censitaire au sens actif, pas plus qu'il ne l'a fait pour le vassal. Il rejette cette partie au *Traité du droit de domaine propriété*².

B. — Le champart

Pothier à la suite de ses *Traités des fiefs et des censives*, aborde une troisième et dernière tenure : le champart. C'est que parmi la diversité des autres tenures que nous avons vu éclore dans la formation coutumière, le champart seul fait l'objet d'un titre des Coutumes d'Orléans³.

« Le champart est une redevance foncière, qui consiste

1. Selon le droit commun des coutumes, si l'héritage donné à charge de cens vient à être divisé, par exemple par succession, le cens est indivisible ; l'art. 121 de la Coutume d'Orléans dispose du contraire et Pothier approuve cette décision, en raison de la modicité et du caractère symbolique du cens, n° 7 (p. 753).

2. Le domaine utile du censitaire a en effet plus de force encore que celui du vassal. « La seigneurie du propriétaire de l'héritage à cens, consiste dans le droit de propriété, qui réside dans sa personne, comme le véritable maître de l'héritage, ... seigneur de la propriété » Preudhomme, *op. cit.*, p. 18.

3. Coutume d'Orléans, *titre IV des champarts et terrages*. Ces deux mots sont synonymes. Ailleurs on emploie les dénominations d'agrier, tasque, quart, cinquain, vingtain.

dans une certaine quotité des fruits qui se recueillent sur l'héritage qui en est chargé »¹.

De son exposé il résulte que c'est ordinairement une sorte de cens en nature ; il a la même essence de signe récongnitif de seigneurie, qui s'efface lorsque d'aventure le champart est accompagné d'un cens proprement dit, « car un même héritage ne peut être tenu de deux redevances seigneuriales, ni relever de plus d'une seigneurie »².

Le champart seigneurial est donc à ce titre imprescriptible. Mais dans les Coutumes d'Orléans la tenure en champart ne donne pas lieu à profit pour le seigneur en cas de mutation³.

Pothier donne au champartier, comme au vassal et au censitaire, la qualité de propriétaire⁴. Notons que le champartier doit cultiver la terre, sans cela il ne pourrait y avoir de champart⁵. Il est donc soumis à une obligation de faire. Comment l'y contraindre ? « Le plus raisonnable est qu'après sommation faite au tenancier de cultiver ses terres, de manière que le champart puisse y être perçu, s'il ne se met en devoir de les cultiver, le seigneur de champart peut obtenir sentence qui lui permette de s'en mettre en possession, de les faire valoir à son profit, jusqu'à ce que le tenancier se présente pour les faire valoir »⁶. Le champartier peut-il changer le genre de culture ? Pothier rapporte que la Coutume de Blois le défend, et que la Coutume de Montargis le permet moyennant indemnité, et il nous fait connaître son sentiment personnel, grâce sans doute à cette circonstance que les Coutumes d'Orléans sont muettes sur ce point : « Je pense que c'est à cette coutume⁷ qu'on doit s'en tenir, comme plus conforme à la liberté naturelle que doivent avoir des propriétaires de disposer de ce qui leur appartient, et

1. *Des champarts*, n° 1 (t. IX, p. 785).

2. N° 2.

3. Art. 143.

4. N° 7 (p. 788).

5. Le champart était fixé, selon les conventions ou les usages locaux, à la douzième gerbe, ou la vingtième etc...

6. *Des champarts*, n° 10 (t. IX, p. 789).

7. De Montargis.

au bien public, qui est intéressé à ce que les particuliers aient la liberté de faire produire à leurs terres ce à quoi ils remarquent qu'elles peuvent être plus propres »¹.

Enregistrons tout de même cette tendance à renforcer le droit du tenancier, qui fait état du droit naturel et du bien public.



Ayant ainsi examiné avec Pothier le fief, la censive et le champart, nous pourrions mieux souligner la complexité de ce régime foncier ; le cens ou le champart mettaient en concurrence sur la même terre le censitaire ou champartier et le seigneur, sans multiplication possible, mais ce seigneur, tenant son titre d'une inféodation, plaçait cette terre dans la série des mouvances féodales qui faisaient naître une succession de droits de domaine direct et de domaine utile, à toute une hiérarchie de seigneurs, à la fois vassaux à un échelon et suzerains à l'échelon suivant². Et tous ont sur la terre en question des droits de propriété démembrée, quelque soit leur nombre. Ajoutons-y les tenures à long terme³, les usufruits et servitudes, les baux à rente, et les simples locations, et il sera manifeste que l'imagination est presque impuissante à saisir l'ensemble et la valeur respective des droits relatifs à un seul et unique fonds de terre, dans le système féodal.

1. N° 11 (p. 789 et 790).

2. Telle directe pouvait encore être en pariage, c'est-à-dire indivise entre plusieurs seigneurs. Le roi entraînait parfois dans cette espèce de société.

3. Nous allons traiter dans un chapitre séparé de l'emphytéose et des autres tenures à long terme non proprement féodales, dont Pothier ne s'occupe pas *ex professo*. Le domaine direct sur le fief ou la censive est seigneurial : il a cette prérogative de dignité et d'autorité dont parle du Moulin (n° 1 de sa préface sur le titre des fiefs de la Coutume de Paris). Mais il y a aussi un domaine direct non seigneurial : « Le bail emphytéotique emporte la séparation des deux domaines [direct et utile] ... mais il faut distinguer deux espèces de domaines directs, l'un particulier et privé [emphytéose], et l'autre public et seigneurial [fief, censive] », Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, t. I, p. 16. Dupont, le vieux commentateur de la Coutume de Blois, écrivait, sous l'art. 33, que Balde (1327-1406) distinguait déjà six contrats transférant le domaine utile « *superficiarius, locatio ad longum tempus, emphyteoticus, precarius, libellarius et feudalus* ».

CHAPITRE IV

LES TENURES A LONG TERME NON FÉODALES

Nous avons vu que l'emphytéose romaine, sorte de tenure perpétuelle, était réapparue dans le régime féodal¹, mais que par la confusion régnant dans le vocabulaire cette institution était presque toujours absorbée par le bail à cens², dont elle se rapprochait indubitablement, par la redevance (le canon), le paiement d'un droit de mutation, le droit de préemption, l'expulsion en cas de non paiement du canon pendant trois ans. Le domaine utile accordé par les glossateurs à l'emphytéote, alors qu'en droit romain celui-ci n'avait qu'un *jus in re aliena*, dans l'intention de la transporter dans les tenures féodales, le rapprochait davantage encore de celles-ci. Seulement ce domaine direct du bailleur était de pur droit civil, puisqu'il était censément tiré du Digeste, et n'avait aucun caractère féodal ; par suite un vassal ou un censitaire ne pouvait bailler sa terre à emphytéose, le premier parce que cela aurait rompu le bien féodal,

1. Particulièrement dans le midi de la France, à cause de l'existence d'un plus grand nombre d'alleux, et de l'influence du droit romain.

2. Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*, fin du chap. XIII : « L'emphytéose et le bail à cens ne diffèrent presque que de nom. On pourrait ajouter qu'on ne peut bailler à cens qu'un fonds qu'on possède noblement ; au lieu que pour bailler un fonds à titre d'emphytéose, il suffit de le posséder en franc-alleu. Mais à cela près la ressemblance de ces deux contrats ne peut être plus parfaite ». Ajoutons que l'emphytéose fut souvent un accensement déguisé, tournant la règle « cens sur cens ne vaut », et qu'elle tira de là un certain regain d'actualité.

le second parce qu'il n'avait qu'un droit simplement utile¹. Le bail à emphytéose, avec sa directe privée, ne pouvait donc intéresser que les alleutiers².

Aussi ne devons-nous pas nous étonner que Pothier, jurisconsulte coutumier, vivant dans un pays où il y a peu d'alleux³, ne traite pas de l'emphytéose, C'est accidentellement qu'il parle d'emphytéose, et aussi du bail à vie ou à longues années, mais il n'est pas sans intérêt de savoir ce qu'il en dit.

A propos de l'action en revendication, il remarque : « Il n'est pas nécessaire non plus, dans notre droit français, pour que nous ayons la revendication d'une chose, que nous ayons le domaine direct ; il suffit que nous en ayons le domaine utile : un emphytéote ... a cette action »⁴. Il accorde donc bien le domaine utile et l'action en revendication à l'emphytéote, sans méconnaître que cela heurte la conception romaine, mais sans y trouver rien à redire : « dans notre droit français », dit-il sans plus.

Lorsqu'il détermine quelles sont les choses réputées héritages, à l'effet d'être sujettes au retrait lignager, il écrit : « Le terme d'héritage ne comprend pas seulement les fonds de terre et maisons, soit de ville, soit de campagne ; il comprend aussi les droits réels qu'on y a. C'est pourquoi non-seulement les héritages dont nous avons un *parfait domaine* sont sujets au retrait, mais même ceux dont nous n'avons qu'une *espèce de seigneurie utile* ; car on ne peut disconvenir que ce droit de seigneurie utile, *ne soit au moins un droit réel* que nous avons dans ces héritages »⁵. Notons en passant la prudence et l'hésitation avec lesquelles Pothier, en regard du parfait domaine, c'est-à-dire de la pleine propriété ; place l'espèce de seigneurie utile, dont on ne peut disconve-

1. Hervé, *Théorie des matières féodales et censuelles*, Paris, 1785 et suiv., t. II, p. 329 : « L'emphytéose perpétuelle est un vrai bail à censive ou un vrai bail à rente, suivant que le bailleur est ou seigneur de fief ou propriétaire de rotures ».

2. Et encore là il tendit à se confondre avec le bail à rente.

3. Les Coutumes d'Orléans adoptent la règle : nulle terre sans seigneur.

4. *Du droit de domaine de propriété*, n° 290 (t. IX, p. 202).

5. *Des retruits*, n° 28 (t. III, p. 268).

nir qu'elle soit « au moins » un droit réel. Il poursuit : « Cela a lieu quand même ce droit de seigneurie utile n'aurait été accordé que pour un certain temps, après l'expiration duquel il dut se réunir à la directe. Il ne laisse pas d'être sujet au retrait lorsqu'il est vendu par l'emphytéote ou seigneur utile à qui ce droit appartient, et à qui il est venu de sa famille »¹.

Il admet donc la seigneurie utile à temps, et entend ici par emphytéote l'emphytéote temporaire² ; il applique le retrait lignager, à « cette espèce de droit, qui est de nature à ne pouvoir pas toujours durer dans la famille de l'emphytéote, devant en sortir nécessairement par l'expiration du temps du bail emphytéotique »³. Il s'appuie sur l'article 149 de la Coutume de Paris : « Baux à quatre-vingt-dix-neuf ans, ou longues années (c'est-à-dire les droits de seigneurie utile résultant desdits baux)⁴ sont sujets au retrait, (lorsqu'ils sont vendus par les emphytéotes à qui ils appartiennent) »⁴.

Il interprète cet article largement. D'abord il appelle ci-dessus emphytéote le preneur à longues années ; puis il se pose la question : « Quel temps faut-il pour qu'un bail soit fait à longues années, et que le droit qui en résulte soit retrayable. ? »

Pour y répondre, il se reporte à l'article 488 de la Coutume de Normandie, qui exige plus de trente ans, à l'article 313, titre 16 de la Coutume de Bretagne, qui exige plus de neuf ans, et voici ce qu'il décide : « La prescription de bonne foi, qui résultait de la possession de dix ans d'un héritage, était appelée *praescriptio longi temporis* ; et dans nos usages, nous

1. *Eod. loc.*

2. L'emphytéose non perpétuelle portait de préférence le nom de bail emphytéotique ; elle était moins rare que l'emphytéose perpétuelle dans les pays coutumiers, car elle s'y pratiquait pour d'autres terres que les alleux. Voir *Coutume de Paris commentée* par J. Brodeau, t. II, p. 309, citée par Chénou, *Les démembrements de la propriété foncière*, p. 54. Preudhomme définit le bail emphytéotique « un contrat par lequel on donne un héritage pour un temps excédant neuf années, et au-dessous de cent ans, à la charge d'une redevance annuelle », *op. cit.*, p. 301 ; il dit que le bailleur conserve la nue-propriété.

3. *Des retraits*, n° 28 (t. III, p. 268).

4. Parenthèses de Pothier.

regardons comme baux à longues années tous ceux qui excèdent neuf ans »¹.

Pothier nous présente donc, si nous le suivons bien, le locataire pour plus de neuf ans comme un emphytéote, muni d'une « seigneurie utile réversible » ainsi qu'il le dit plus loin². Il soumet son droit au retrait parce que c'est un droit réel, compris sous le terme général d'héritage³, alors qu'il y soustrait le droit d'usufruit, droit réel également dans l'héritage. Il est d'ailleurs gêné pour s'expliquer à ce sujet, et dit qu'en cas de vente du droit d'usufruit, le droit d'usufruit reste au vendeur (qui n'en transmet que l'émolument)⁴.

En matière de saisie féodale, il expose que l'usufruitier peut l'exercer, mais à défaut et au nom du seigneur dominant⁵ ; il refuse ce droit au simple fermier des droits seigneuriaux,⁶ mais il ajoute : « Nous ne parlons que du simple fermier ; le preneur à bail à longues années, ayant un droit *in re* comme l'usufruitier, peut saisir féodalement, de même que l'usufruitier »⁷. Le preneur à bail à longues années et l'usufruitier sont placés ici sur le même pied.

Pothier nous dit encore sur le sujet de la tacite reconduction : « La tacite reconduction n'a lieu qu'à l'égard des baux à loyer ou à ferme : elle n'a pas lieu à l'égard des baux à longues années. C'est pourquoi si l'emphytéote ou preneur a continué de jouir de l'héritage après l'expiration du bail, il doit être condamné à la restitution des fruits de l'héritage dont il a injustement continué la jouissance, et il ne sera

1. N° 28 (p. 269).

2. N° 29 (p. 269). Nous retrouvons cette affirmation dans son *Intr. au titre des retraits des Coutumes d'Orléans*, n° 9 (t. I, p. 561) : « Les droits réels sont sujets au retrait, quand même ils ne seraient pas perpétuels, tel que le droit de seigneurie utile réversible ». Il regarde le droit de l'emphytéote comme un droit de propriété borné dans le temps et admet aussi la vente de la seigneurie utile d'un fonds, *Du contrat de vente*, nos 161 et 163 (t. III, p. 68 et 69).

3. *Des retraits*, n° 30 *in fine* (t. III, p. 269).

4. N° 32 (p. 270).

5. *Des fiefs*, n° 156 (t. IX, p. 534).

6. N° 163 (p. 535).

7. *Des fiefs*, n° 164 (t. IX, p. 535).

pas reçu à offrir la rente telle qu'elle est portée par le bail »¹.

— Une fois de plus, nous constatons la manière vague dont Pothier traite le tenancier à longues années : il l'appelle « emphytéote ou preneur » et nomme « rente » sa redevance.

Nous sentons mieux encore la confusion avec le bail à rente dans ce passage : « Lorsque le temps de la jouissance excède celui de neuf années, le contrat doit être présumé un contrat de vente, si le prix consiste dans une somme unique ; ou un contrat de bail à rente, s'il consiste en plusieurs sommes payables par chacun an »².

Il en est de même pour les baux à vie : « Quoique les baux à vie soient présumés tenir plutôt de la nature des baux à rente que des simples baux à loyer ou à ferme, et renfermer une constitution d'usufruit ; néanmoins on peut faire aussi de simples baux à loyer ou à ferme d'héritages pour le temps de la vie du locataire ou fermier, ou pour le temps de celle du bailleur »³. Il y a là une sorte de contradiction : il est difficile de considérer le bail à vie à la fois comme tenant du bail à rente, qui transfère la propriété, et renfermant une constitution d'usufruit, simple droit réel de jouissance⁴.

On pourrait alors se demander pourquoi on a depuis l'antiquité considéré le droit d'usufruit comme différent du droit de propriété, s'il est possible, juridiquement, d'en faire une propriété viagère⁵.

1. *Du contrat de louage*, n° 370 (t. IV, p. 126).

2. *Du contrat de louage*, n° 4 (p. 4).

3. *Du contrat de louage*, n° 27 (t. IV, p. 13 et 14).

4. Cette contradiction a été remarquée par Chénon, *Les démembrements de la propriété foncière*, p. 55. Chénon conclut que le preneur à bail à vie a moins que la propriété, et plus que l'usufruit : un domaine utile. Preudhomme écrit que « le bail à vie est un acte par lequel le propriétaire cède la jouissance d'un héritage à quelqu'un, moyennant un certain revenu annuel, pendant la vie du preneur. ... Il n'y a point de mutation ... Le preneur à bail à vie n'est qu'un usufruitier », *loc. cit.*, p. 250.

5. Cf. Meynial, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé, Mélanges Fitting*, 1908, t. II, p. 413, et Masson, *Essai sur la conception de l'usufruit, Revue historique de droit français et étranger*, 1934, p. 1 et suiv., 161 et suiv.

CHAPITRE V

LA RENTE FONCIÈRE

Le bail à rente était fort répandu à la fin de l'ancien régime. Il n'est donc pas étonnant que Pothier y ait consacré un *Traité* important¹. Ce qui est remarquable, au point de vue qui nous occupe, en ce contrat, c'est qu'il tend à transférer la propriété elle-même, et non un simple domaine utile ; il se sépare ainsi des baux à fief, à censive, à champart, ou à long terme examinés jusqu'ici. C'est une tenure coutumière, ni féodale, ni allodiale.

Voici la définition donnée par Pothier : « Le bail à rente simple² est un contrat par lequel l'une des parties baille et cède à l'autre un héritage, ou quelque droit immobilier et s'oblige de le lui faire avoir à titre de propriétaire, sous la réserve qu'il fait d'un droit de rente annuelle d'une certaine somme d'argent, ou d'une certaine quantité de fruits qu'il retient sur ledit héritage, et que l'autre partie s'oblige réciproquement envers elle de lui payer, tant qu'elle possèdera ledit héritage »³.

1. *Du contrat de bail à rente* (IV, p. 171 à 238).

2. Par opposition au bail à rente seigneuriale, qui tire vers le bail à cens ou à champart (deux domaines). Il n'est pas question de la rente constituée à prix d'argent, encore si courante aujourd'hui, sans aucun caractère foncier, sauf, le cas échéant, si elle est assortie d'une garantie hypothécaire, et qui est toujours rachetable.

3. N° 1 (p. 171 et 172). Chénou (*Les démembrements de la propriété foncière*, p. 57), définit le bail à rente foncière d'après Pothier en faisant à tort ressortir (en italique) le mot « *acheteur* » appliqué à l'autre partie. Nous observons que Pothier évite au contraire ce terme, et précise que les parties sont le bailleur et le *preneur*. Preudhomme écrit que « le bail à rente est un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble quitte et abandonne la propriété au profit du preneur, sous la condition qu'il lui sera payé annuellement une redevance foncière, soit en argent, en grain ou autre espèce », *op. cit.*, p. 96.

Nous comprenons bien d'après cette définition que contrairement au bailleur à cens qui peut se prétendre seigneur direct de l'héritage, et au bailleur emphytéotique qui garde une directe privée, le bailleur à rente foncière ne peut se dire seigneur direct : il a transféré sa propriété.

Pothier écrit que « ce contrat ressemble en bien des choses aux contrats de vente et de louage »¹, et qu'il « est *du droit des gens*, de même que les contrats de vente et de louage ». Nous sortons donc des institutions féodales. Il montre que la bail à rente diffère du bail à ferme ou à loyer en ce que le bailleur transfère tout son droit, chargeant seulement le fonds d'un droit de rente, tandis que le locataire et le fermier acquièrent non un droit dans l'héritage, mais une créance personnelle, et de la vente en ce que le vendeur ne retient rien sur le fonds.

Il énumère comme choses pouvant être baillées à rente, « les héritages, c'est-à-dire, les fonds de terre et les maisons » et « des droits incorporels, tels que des droits de champart, des dîmes, des droits de fiefs, des censives, des justices, des droits de pêche, de péage, et autres droits domaniaux, tels que les greffes ; les privilèges des perruquiers »².

La rente est « perpétuelle, si le bail est fait à perpétuité, ou pour le temps que le bail doit durer, s'il n'est fait que pour un certain temps »³ ; elle est attachée à l'héritage et n'est pas, de sa nature, rachetable⁴. Pothier indique les dérogations faites à cette dernière règle par Charles VII et Henri II, pour cause d'utilité publique.

Les obligations du bailleur à rente sont « entièrement semblables »⁵ à celles du vendeur. Les obligations du preneur « sont celles de payer les arrérages de la rente qui courront pendant le temps qu'il possèdera l'héritage, *de conserver et entretenir en bon état l'héritage* pour la sûreté de la rente, et lorsque le bail n'est pas à perpétuité, de le rendre en bon état

1. N° 2 (p. 172).

2. N° 6 (p. 174).

3. N° 11 (p. 175 et 176).

4. L'expression de rachat est assez mal choisie pour la rente foncière puisque celle-ci a été retenue par le bailleur, plutôt que constituée par le preneur.

5. N° 32 (p. 183).

à la fin du bail à rente »¹. Elles ne sont pas semblables à celles de l'acheteur. Le preneur peut être condamné par arrêt à quitter l'héritage faute de paiement, et il doit en outre l'entretenir. Et Pothier est bien forcé de constater que malgré tout, encore une fois, le preneur n'a pas la propriété parfaite : « Il n'y a que celui qui a la propriété parfaite d'une chose, qui ait le droit d'en mésuser : or le preneur ne l'a pas, puisqu'il n'est propriétaire de l'héritage qu'à la charge de la rente que le bailleur s'y est retenue »². Le bailleur, muni à cet effet d'une action, en résolution du bail et en dommages et intérêts, a donc le pouvoir de rentrer dans son immeuble s'il n'est point payé de la rente.

Pothier s'occupe des clauses particulières qui peuvent être introduites par les parties : la stipulation de deniers d'entrée, qui en fait un contrat « mêlé de vente »³ ; la clause de fournir et faire valoir la rente ou de payer la rente à toujours et à perpétuité qui ajoute subsidiairement à l'obligation attachée à la possession de l'héritage une obligation personnelle du preneur, sans déguerpissement possible ; la clause de mélïorer l'héritage de manière qu'il vaille toujours la rente et plus, ou de faire certaines améliorations.

Ces clauses sont favorables au bailleur. Par contre l'engagement du bailleur de souffrir le rachat de la rente est favorable au preneur. Si la valeur n'est pas stipulée elle sera établie sur le pied du denier vingt. Cette faculté passe aux héritiers et acquéreurs, mais elle se prescrit par trente ans.

Il traite ensuite des droits des « créanciers de rentes foncières », désignation significative : « Dans un simple bail à rente, le droit de rente foncière que le bailleur se retient par le bail dans l'héritage baillé à rente, n'est qu'un simple droit foncier qu'il se retient dans l'héritage qui ne renferme pas la seigneurie de cet héritage ; elle est, par le bail, transférée au preneur. C'est pourquoi c'est

1. N° 35 (p. 183). Si la terre est frappée de stérilité, Pothier décharge partiellement ou totalement le censitaire, avec du Moulin, si le cens est important (*Des cens*, n° 22, t. IX, p. 759), ainsi que le fermier, et non le preneur à rente (*Du contrat de bail à rente*, n° 15, t. IV, p. 177). Garsonnet, *op. cit.*, p. 422, n. 2 en a fait la remarque.

2. N° 42 (p. 186).

3. N° 49 (p. 188).

abusive et improprement que, dans nos coutumes, les créanciers de rente foncière sont appelés seigneurs de rente foncière »¹. Il n'y a par conséquent aucun doute pour Pothier : le bailleur à rente ne retient pas de domaine direct. Le bailleur a une action personnelle contre le preneur et le détenteur (par quasi-contrat, dit Pothier)², une action réelle hypothécaire³ même en cas d'arrérages courus et laissés en souffrance par un possesseur antérieur, l'héritage étant affecté à leur paiement, et une troisième action, mixte, aux fins de faire condamner le possesseur à « passer titre nouvel de la rente, et à la continuer à l'avenir »⁴. Il a de plus des droits de gage, de préférence, de suite etc. Il est bien armé.

Le « créancier de rente foncière » peut être tenu de contribuer à certaines charges. Nous relevons sur ce point une attitude de Pothier qui nous semble troublante : « Le droit de rente foncière étant *une espèce de démembrement de l'héritage*, que le bailleur ne transfère par le bail au preneur que sous la déduction du droit de rente qu'il y retient, on peut dire que *la propriété de l'héritage se trouve en quelque sorte partagée entre le preneur* ou ses successeurs, qui ne l'ont que *sous la déduction de la rente, et le bailleur* ou ses successeurs créanciers de la rente, *à qui elle appartient pour le surplus* »⁵. Qu'est-ce à dire, si ce n'est que Pothier envisage ici une sorte de disjonction de la propriété entre le bailleur et le preneur ? Si le contrat de bail à rente n'opère pas la décomposition en double domaine, il démembre la propriété ; et Pothier exprime cet effet en présentant le droit de rente comme détaché d'un faisceau de droits réels qui constituerait la pleine propriété⁶, les autres passant tous au preneur.

1. N° 80 (p. 198).

2. N° 84 (p. 198).

3. Le bailleur ne peut être renvoyé à discuter les précédents possesseurs ou leurs héritiers. Aussi Pothier constate que « cette action a quelque chose de plus que la simple action hypothécaire » (N° 90, p. 201).

4. N° 93 (p. 202).

5. N° 107 (p. 205).

6. Cette incorporation du droit de rente dans l'ensemble des attributs du droit de propriété absolue est délicate. Mais ne pourrait-on pas dire que la rente est représentative d'une part du revenu réel du fonds ?

Une petite fraction de la propriété demeure dans les mains du bailleur, la grosse fraction va dans celles du preneur. Il y a « partage », et non dévolution de la propriété à l'une des parties avec attribution à l'autre d'un droit sur la chose d'autrui. Ce n'est pas non plus une indivision organisée, mais une division. Nous aurons à revenir sur cette idée de Pothier, émise à propos du contrat de bail à rente, qu'il déclare de droit des gens, donc avec une entière liberté d'esprit.

Il en tire cette conséquence que le créancier de la rente doit contribuer avec le preneur aux charges et impositions extraordinaires. Puis il aborde le droit des propriétaires et possesseurs de l'héritage chargé de rente foncière. Il abandonne, semble-t-il, ce qu'il vient de dire ci-dessus : « Le droit que la tradition de l'héritage donné à rente foncière, transfère au preneur, et qui passe à ses successeurs, soit à titre universel, soit à titre particulier, est le droit de « *dominium* » et de propriété de cet héritage. Le droit de rente foncière que le bailleur s'y retient, n'est point proprement le « *dominium* » de l'héritage, mais un simple droit foncier »¹. Ceci nous paraît bien contraire au texte précédent. Il en déduit que le preneur peut disposer de l'héritage, et en changer la forme². Mais le voici de nouveau gêné par son ultime variation : « Néanmoins, quoique le *dominium* renferme *jus utendi et abutendi*, un propriétaire d'héritage chargé de rente foncière ne peut le détériorer »³. Comment concilier ce *jus abutendi* et cette impossibilité de détériorer ? C'est que, dit Pothier « le preneur s'oblige, par le bail à rente, à conserver l'héritage en bon état, pour la sûreté de la rente foncière dont cet héritage est chargé ». Il y aurait là selon lui une sorte d'obligation conventionnelle de conserver le fonds en bon état. Mais alors cette mutilation volontaire par le preneur de son *jus abutendi* démembre bien le *dominium* ? Nous n'en sortons pas.

1. N° 111 (p. 207).

2. Il indique à titre d'exemple : d'une terre labourable, faire un pré ; convertir des chambres en magasins ou en greniers. N° 112 (p. 207).

3. N° 113 (p. 207).

Pothier termine son *Traité du contrat de bail à rente* par l'étude de sa rescision et de sa résolution, et de l'extinction des rentes foncières.

Il définit le déguerpissement « un acte par lequel le possesseur d'un héritage chargé d'une rente foncière, pour se décharger de cette rente, abandonne en justice l'héritage au créancier de la rente »¹, et écrit encore que « le déguerpissement étant un abandon et une abdication de la propriété de l'héritage déguerpi, il s'ensuit qu'il ne peut être valablement fait que par le propriétaire de l'héritage »². Il y a résolution du bail à rente, extinction du droit de propriété et de la rente³. Mais les droits réels que pouvait avoir le preneur déguerpissant dans l'héritage avant qu'il lui soit baillé à rente revivent-ils ? Pothier rapporte l'opinion affirmative de Loyseau, qui voit plutôt une suspension qu'une extinction absolue de ces droits par l'effet du bail à rente intervenu, et il l'adopte en ajoutant : « Pour éclaircir ce principe de Loyseau, on peut dire que, lorsque j'acquiers un héritage dans lequel j'ai quelque droit réel, comme de servitude ou de rente foncière, ce droit que j'avais, s'éteint à la vérité, quant à la forme qu'il avait de droit de servitude ou de droit de rente foncière, ne pouvant avoir ce droit sous cette forme dans ma propre chose ; mais le fond de ce droit subsiste dans une autre forme, savoir, comme étant devenu une partie du droit de domaine que j'ai acquis de cet héritage, auquel droit de domaine s'est réuni ce droit que j'y avais »⁴. Nous citons ce passage parce que nous y trouvons à nouveau l'idée d'une pleine propriété constituée par le faisceau des droits réels.

Le déguerpissement permet au bailleur de rentrer dans la propriété du fonds, non pas par acquisition, mais par la

1. N° 122 (p. 210). Pothier dit que l'ancienne Coutume d'Orléans n'accordait pas la faculté de déguerpir au preneur, conforme en cela à l'opinion d'Accurse et de la plupart des anciens docteurs qui faisaient du paiement de la rente une obligation personnelle, mais que la Coutume réformée (art. 134 et 412) a décidé le contraire.

2. N° 124 (p. 211).

3. Nos 166 et 167 (p. 224).

4. N° 168 (p. 225).

résolution de l'aliénation¹. Mais les servitudes ou hypothèques consenties par le preneur ne disparaissent pas.

La rente foncière s'éteint aussi entr'autres manières, par la succession du preneur au bailleur ou du bailleur au preneur. Cela donne encore à Pothier l'occasion de nous dire : « Observez que cette consolidation est une transformation du droit de rente foncière en une augmentation du droit de propriété, plutôt qu'une entière extinction du droit de rente foncière »². C'est toujours l'idée du droit réel qui rejoint les autres.

En dehors de son *Traité du contrat de bail à rente*, Pothier est amené de ci de là à quelques rappels.

A propos des retraits, il note que « le bail à rente rachetable³ est aussi regardé comme un contrat équipollent à vente, qui donne lieu au retrait : Paris, article 137, Orléans 397 »⁴.

En cas de saisie féodale par le seigneur d'un fonds que son vassal a lui-même baillé à ferme et à loyer, le seigneur doit entretenir le bail, selon les Coutumes de Paris et d'Orléans. Pourtant, dit Pothier, « à ne considérer que la pure raison de droit, le seigneur qui saisit féodalement paraît ne pas devoir être tenu d'entretenir les baux à ferme et à loyer faits par le vassal ; un bail à ferme ou à loyer ne donne au fermier ou locataire aucun droit dans la chose, il ne produit qu'un engagement personnel du bailleur »⁵. Cette décision des coutumes est fondée, selon lui, sur l'égard et le ménagement dus au vassal en raison de l'amitié du seigneur ; le seigneur se contentera des fermes. Mais, chose singulière, « cette disposition n'a lieu que pour les simples baux à ferme ou à loyer qui n'excèdent pas le temps de neuf ans ; si le vassal avait donné son héritage à rente perpétuelle ou viagère ou pour un long temps, le seigneur qui saisirait féodalement, ne serait pas obligé de se contenter de la rente, et

1. N° 173 (p. 226).

2. N° 194 (p. 233).

3. Par la stipulation particulière des parties, ou par la loi (maisons de ville).

4. *Des retraits*, n° 87 (t. III, p. 284).

5. *Des fiefs*, n° 232 (t. IX, p. 553).

pourrait jouir par lui-même de l'héritage »¹. Il en donne pour raison que la rente peut n'être pas proportionnée au revenu de l'héritage². Il reste que le seigneur fait de la sorte honneur à l'obligation personnelle du vassal bailleur à ferme ou à loyer, et ne respecte pas le droit réel créé par le bail à rente³.

Nous ne trouvons rien autre de notable sur les passages consacrés par Pothier au bail à rente dans ses divers ouvrages.

1. N° 233.

2. S'il y a eu des deniers d'entrée, augmentation du revenu, ou dépréciation de la monnaie.

3. Il s'agit ici du bail à rente par le vassal sans démission de foi, soit que la rente ait le caractère seigneurial, soit qu'elle soit jointe à un cens reconnaissant.

CHAPITRE VI

MATIÈRES DIVERSES

Dans ce chapitre, nous réunissons des avis de Pothier, émis de façon éparsée dans ses divers *Traités*¹ et touchant par quelque aspect à ses conceptions sur le droit de propriété. Il ne faut donc pas s'étonner si l'assemblage en est un peu hétéroclite.

Nous suivrons l'ordre des *Traités* de Pothier, en nous reportant, s'il y a lieu, à ses commentaires des mêmes matières sur les Coutumes d'Orléans.

Dans son *Traité des obligations* nous ne relevons rien de notable. De son *Traité du contrat de vente* nous avons déjà extrait la définition de ce contrat, lorsque nous avons cherché quels étaient, selon Pothier, les contrats donnant ouverture au profit de quint². Pothier s'en tient en somme au principe romain, à savoir que non seulement la vente n'est pas par elle-même translatrice de la propriété (celle-ci n'a lieu que par la tradition réelle ou feinte), mais n'oblige le vendeur qu'à livrer la chose et garantir l'acheteur des troubles et de l'éviction. Si le vendeur est propriétaire, il est tenu évidemment de transférer la propriété, c'est le cas le plus fréquent, mais la définition est plus large. Pothier

1. Autres que ses *Traités des fiefs, des censives, des champarts, du contrat de bail à rente*, et de ses *Introductions* correspondantes sur les titres des *Coutumes d'Orléans*, qui ont fait l'objet de nos précédents chapitres, et que ses *Traités des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession et de la prescription*, que nous réservons pour notre chapitre suivant.

2. Chap. II, *Le fief*, p. 109.

admet la vente de la chose d'autrui quand le vendeur est de bonne foi, c'est-à-dire s'en croit propriétaire : l'acheteur est garanti, mais tant qu'il possède librement il n'a pas à se plaindre ¹.

Il adopte librement cette conception de la vente, avançant que « ce contrat est entièrement du droit naturel, car non seulement il doit à ce droit son origine, mais il se gouverne par les seules règles tirées de ce droit » ². C'est la tendance romaine et il n'est pas étonnant que Pothier l'accueille ³ sur ce point : le droit coutumier et la législation royale laissent ces institutions universelles (vente, louage, etc.) dans le domaine des jurisconsultes, qui s'appuient volontiers sur le corps de droit romain, considéré comme la raison écrite. La disjonction du droit de propriété, la confusion régnant dans l'identification de ses fractions ne permettaient pas à Pothier de s'engager dans la conception qui allait apparaître dans le Code civil, encore que confusément ⁴.

1. Nous avons rappelé, p. 109, que le Code civil (art. 1599) déclare nulle la vente de la chose d'autrui.

2. *Du contrat de vente*, n° 2 (t. III, p. 2).

3. Dans le très ancien droit romain et encore dans les XII Tables, la conception était bien différente. La *mancipatio*, acte réel et tombant sous les sens, transférait la propriété par un échange instantané et simultané de la chose et de la monnaie (auparavant, le troc). La vente-convention, œuvre intellectuelle puisqu'elle se réduit à l'échange de deux engagements, n'est apparue que dans le droit classique. Certains auteurs, Pernice, Huvelin, Vincent s'appuyant sur des textes de Gaius (4, 28 et 1, 142) croient que la première vente à crédit naquit de la livraison de la chose vendue, avec paiement différé du prix. Girard voit sa source dans deux stipulations distinctes, et M. Cuq, dans les adjudications publiques des censeurs. M. Giffard tient le plus grand compte de l'influence et du développement de la juridiction du prêteur prérégain. Quoiqu'il en soit la vente consensuelle est devenue rapidement la vente-type pour les jurisconsultes classiques. L'obligation de transférer la possession utile et paisible de la chose et non forcément la propriété, correspond bien aux nécessités commerciales et à la pratique générale, et c'est là que le prêteur pérégrin a dû marquer ses idées. Engagement du *jus gentium*, à exécuter de bonne foi, la vente pouvait ainsi s'appliquer en matière de propriété *ex jure quiritium*, de propriété prétorienne, de propriété provinciale, de propriété pérégrine, entre citoyens et pérégrins. La législation de Justinien a gardé à la vente le caractère imprimé par les classiques, malgré l'unification de la propriété, sans doute par tradition et la considération que le vendeur n'a pas à faire, de la sorte, la preuve difficile de la propriété.

4. L'art. 1582, qui définit la vente, est, à notre sens, obscur : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à *livrer* une chose, et l'autre à la payer ». L'art. 1583 ajoute : « Elle est parfaite entre les parties, *et la propriété*

Et si Pothier garde le principe traditionnel, c'est bien en connaissance de cause, et non faute d'avoir aperçu la formule qui devait prévaloir au XIX^e siècle. Il nous dit en effet quelques pages plus loin : « Caillet, professeur de Poitiers, vers le commencement du XVII^e siècle, dans un fort beau commentaire *ad. tit., Cod. de Evict.*, qui est dans le *Thesaurus* de M. Meerman, t. 2., *ad L. 5, eod. tit.*, dit que le principe des jurisconsultes romains, « que le vendeur n'est pas censé s'obliger précisément à transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue », est un principe purement arbitraire, adopté par ces jurisconsultes, qui n'est point pris dans la nature, et qui ne doit point être suivi dans notre pratique française : cet auteur ne cite aucun garant de son opinion. Le principe des jurisconsultes paraît avoir son fondement dans la nature du contrat et dans les termes qui y sont usités : on y dit que le vendeur *vend* ; et pour expliquer ce terme *vend*, on ajoute *cède, quitte et délaisse* [délivrance], *et promet garantir et défendre de tous troubles* [garantie] ... L'obligation de transférer la propriété de la chose n'est point exprimée par ces termes »¹.

est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Si l'on s'appuie sur ce texte pour considérer avec presque tous les civilistes que l'obligation essentielle du vendeur est de transférer la propriété, on ne trouve tout de même comme sanction que l'action en nullité de la vente de la chose d'autrui tirée de l'art. 1599. Mais l'action en garantie des vices et de l'éviction (pourquoi concourt-elle avec la première ?), n'est accordée que s'il y a un trouble : « La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur, a deux objets : le premier est la possession *paisible* de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires » (*adde*, art. 1653).

Rappelons aussi que selon l'art. 1603 : « Il y a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose », et que, selon l'art. 1604 : « La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ». Pourquoi substituer à l'obligation de transférer la propriété dont la délivrance et la garantie sont la conséquence deux obligations principales de délivrer et de garantir ?

Nous croyons que la doctrine des rédacteurs du Code civil, quant à l'obligation essentielle pour le vendeur de transférer la propriété, est assez ambiguë, ou, tout au moins, mal dégagée (il ne contient d'autre part aucune disposition sur la preuve du droit de propriété). Les art. 434 et 440 du Code civil allemand précisent bien que la garantie découle de l'obligation du vendeur de transférer la propriété.

1. *Du contrat de vente*, n° 48 (t. III, p. 22). Les mots que nous avons mis entre crochets montrent la correspondance avec l'art. 1603 du Code civil. Somme toute l'obligation de transférer la propriété n'émerge dans le code

Sur cette question importante Pothier est parfaitement fidèle à la conception romaine, confirmée par l'usage de notre ancien droit.

De même il considère que la tradition est nécessaire à la translation de la propriété, qu'elle soit réelle ou feinte (clause de constitut ou de dessaisine saisine de l'article 278 de la Coutume d'Orléans)¹.

A propos de la vente du droit d'usufruit par le propriétaire de la chose, il écrit : « Comment, dira-t-on, cela peut-il se faire ? Car l'usufruit étant, suivant la définition qu'on en donne, le droit de jouir de la chose d'autrui, *jus utendi, fruendi re aliena*, ce droit ne peut subsister en la personne du propriétaire. Comment peut-il donc vendre et disposer de ce qu'il n'a pas ? La réponse est que le droit d'usufruit, considéré dans sa forme de droit de servitude, ne peut, à la vérité, subsister dans la personne du propriétaire ; mais le fond et la substance de ce droit, qui consiste dans celui de jouir de la chose et d'en percevoir les fruits, subsiste en la personne du propriétaire, et est renfermé dans son droit de propriété ... Il ne l'a pas, à la vérité sous la forme d'un droit d'usufruit, *non habet usumfructum formalem* ; mais il l'a sous une autre forme, comme renfermé dans son droit de propriété, *habet usumfructum causalem*. Lorsqu'il vend l'usufruit de la chose, c'est ce droit qu'il avait de percevoir les fruits de la chose, qu'il vend et qu'il détache de son droit de propriété ; et ce droit, par sa séparation du droit de propriété, prend la forme du droit d'usufruit ; il devient *jus fruendi re aliena*, et passe sous cette forme à l'acquéreur »². Nous notons que Pothier a soin d'étiqueter le droit réel d'usu-

qu'accidentiellement (nullité de la vente de la chose d'autrui, mais validité du louage, art. 1726). Pothier signale toutefois que la pratique française a innové sur le droit romain en permettant à l'acheteur d'agir en garantie contre le vendeur avant d'avoir succombé à l'action en revendication, n° 107 (p. 47).

1. Nos 313 et suiv. (p. 129).

2. Du contrat de vente, n° 547 (t. III, p. 216). Bugnet écrit en note : « on conçoit très bien qu'un droit prenne naissance en vertu d'un contrat qui en est la cause génératrice. Cela nous paraît plus simple que l'usufruit formel et causal ». Bugnet ne saisit pas le souci qu'a Pothier de faire de l'usufruit un attribut sorti des mains du propriétaire.

fruit comme une baguette détachée du faisceau qu'est le droit de propriété.

Son *Traité des retraits* est surtout consacré au retrait lignager¹, qui fait l'objet de développements. « Le retrait lignager ne nous est pas venu du droit romain ... Il est de pur droit français ... Il a son fondement dans l'attachement qu'avaient nos pères aux biens qui leur étaient venus de leurs ancêtres. C'est cet attachement qui a fait naître plusieurs de nos lois coutumières, dont la fin principale est de conserver ces biens dans les familles »². Il n'entre pas dans nos intentions d'entreprendre en détail l'étude de l'attitude de Pothier vis-à-vis des règles nombreuses établies dans notre ancien droit pour maintenir les biens dans les familles et atténuant sous un autre aspect le caractère individualiste de la propriété ; les mesures prises étaient dans l'ensemble peu gênantes pour le titulaire, soit parce qu'elles ne jouaient qu'après sa mort (dévolution des propres de succession, restrictions à la faculté de tester, possibilité des substitutions), soit parce qu'elles ne l'empêchaient pas, vivant, de faire argent de son bien (restrictions aux donations entre vifs, retrait lignager permettant de prendre lieu et place de l'acheteur étranger du bien de famille). Pothier a montré ici fort simplement l'origine et le but de ces institutions. Sur la question « si le droit de retrait lignager est un droit favorable ou un droit odieux, il faut décider qu'il est favorable. Sa fin, qui est celle de conserver les héritages³ dans les familles, est une fin qui, suivant nos anciennes mœurs, est extrêmement favorable »⁴. Il reconnaît que les conditions de ce retrait doivent être observées rigoureusement, parce qu'il y a là une gêne à la liberté naturelle de vendre et d'acheter ; mais il ajoute encore que le respect dû au

1. *Des retraits*, nos 3 à 530 (t. III, p. 260 à 414).

2. Nos 4 et 6 (p. 261). Bugnet, professeur de Code civil à la Faculté de Droit de Paris, éditeur de 1861, rappelle en note « Nos lois nouvelles, empreintes d'idées démocratiques, ont rejeté ces motifs ».

3. Tout au long de ses ouvrages, Pothier emploie continuellement le mot d'héritage au lieu de terre, immeuble, fonds ; c'est tout à fait naturel et courant de son temps, et c'est le signe du caractère familial autrefois attaché aux biens.

4. *Des retraits*, n° 15 (t. III, p. 264).

droit de retrait lignager est du for de la conscience comme du for extérieur¹.

Pothier est donc très « coutumier » à ce point de vue².

Dans son *Traité du contrat de louage*, il définit celui-ci : « un contrat par lequel l'un des deux contractants s'oblige de faire jouir ou user l'autre d'une chose pendant le temps convenu, et moyennant un certain prix que l'autre, de son côté, s'oblige de lui payer »³. Il le distingue du contrat de vente, qui contient plus que la jouissance et l'usage, mais, dit-il « il reste toujours un très grand rapport entre l'un et l'autre contrat ; et on peut même dire que le contrat de louage s'analyse en une espèce de contrat de vente ; car le contrat de louage renferme en quelque façon, non la vente de la chose même qui est louée, mais la vente de la jouissance et de l'usage de cette chose, pour le temps que doit durer le bail ; et la somme convenue pour le loyer, en est le prix. Par exemple, *le bail à ferme d'une terre s'analyse en une vente que le bailleur fait au fermier des fruits* qui y seront à recueillir pendant le temps du bail »⁴. Cette analyse serait stupéfiante si l'on ne songeait pas que Pothier accoutumé à trouver dans les vassaux, censitaires, emphytéotes, preneurs de baux à rente, à longues années ou à vie, usufruitiers, des titulaires de droits réels à des degrés divers (domaine utile, propriété à charge de la rente, propriété temporaire, usufruit), éprouve un vif besoin d'explicitement la condition du simple locataire ou fermier, qui n'a pas de droit réel. Il y arrive superbement, en faisant du fermier un créancier des fruits, et du locataire un acheteur de jouissance et d'usage (il ne s'appesantit pas sur ce deuxième exemple, qui le gêne

1. N° 16.

2. Il fait de l'action de retrait lignager une action « personnelle réelle », dont n'est pas même exclu le parent qui se serait rendu caution du vendeur (n° 157, p. 308). La famille passe avant le seigneur, le retrait lignager l'emportant sur le retrait féodal. Les jurisconsultes ont obtenu ce résultat par la considération que le fief était censé concédé par le seigneur au vassal et à toute sa parenté (n° 539, p. 416).

Sur le droit d'aînesse (fiefs et alleux nobles), cf. *Traité des successions* (t. VIII, p. 44 à 68). Pothier ne lui est pas défavorable (Voir notamment, p. 68, al. 3).

3. *Du contrat de louage*, n° 1 (t. IV, p. 2).

4. N° 4 (p. 3).

tout de même un peu plus) : n'est-il pas évident dès lors, que ce contrat ne peut faire naître que de simples obligations personnelles¹ du bailleur et du preneur ? Mais quelle doctrine difficile à défendre à d'autres égards !

Cette obligation personnelle du bailleur ne passe pas, bien entendu, à l'acquéreur éventuel de la chose. Pothier expose nettement cette conséquence, comme découlant de ses préliminaires, et « conforme au principe de droit : *Emptorem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit* »².

Sur ce point, le Code civil a disposé différemment, l'article 1743 maintenant le bail à l'encontre de l'acquéreur. C'est une décision assez peu conciliable avec le caractère personnel de l'obligation du bailleur, et elle a poussé des commentateurs importants³ du Code civil à déclarer que celui-ci accordait au locataire un véritable droit réel, puisqu'il est efficace contre l'acheteur.

Dans son *Traité du prêt de consommation*, Pothier établit que ce contrat, comme le *mutuum* romain, exige la translation du droit de propriété, et la qualité du propriétaire chez le prêteur. Bien qu'il s'agisse de meubles, signalons que Pothier s'en prend vivement à Saumaise « auteur très érudit, et grand littérateur, mais nullement jurisconsulte », qui n'y voit aucune aliénation et avance que le prêteur retient le *dominium*. Il dit que cette opinion « renverse tout le système du droit, confondant le *jus in re* et le *jus ad rem*,

1. Pothier ajoute : « lorsque le temps de la jouissance excède celui de neuf années, le contrat doit être présumé un contrat de vente, si le prix consiste dans une somme unique ; ou un contrat de bail à rente, s'il consiste en plusieurs sommes payables par chacun an » N° 4 (p. 4).

Donc, au delà de neuf ans, transfert de propriété, en deçà, créance ; Pothier aboutit ainsi à une espèce de critérium pour séparer le droit réel du droit de créance : leur étendue dans le temps.

2. N° 287 (p. 101).

3. Notamment Toullier, Troplong, Demangeat, qui ont été d'abord appuyés par des décisions de cours d'appel. Mais la Cour de cassation a décidé définitivement le contraire. De ce que l'art. 1743 donne au locataire un droit contre l'acheteur, on ne peut conclure que ce soit un droit contre tous. MM. Colin et Capitant, parlant de *lege ferenda*, disent que la réalité du droit du locataire serait préférable à cause de la solidité qu'elle lui conférerait ; ils remarquent que l'ancien droit donnait une certaine satisfaction à ce sujet (baux de plus de neuf ans), Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours de droit civil français*, t. II, n° 640, (7^e éd., 1932, p. 578).

dont la distinction en est un des principaux fondements ». Il définit bien ces deux droits, mais en remarquant à deux reprises, que « le droit de *dominium* est une des principales espèces »¹ du *jus in re*. Nous le citons, parce qu'il nous semble ici ne faire de la propriété qu'une espèce de droit réel, alors qu'en d'autres passages, il a paru en faire le faisceau des droits réels.

Dans le *Traité de la communauté*, nous trouvons, à propos de la composition de la communauté, une étude des choses incorporelles², sur laquelle nous nous réservons de revenir plus loin. Sur le propre de communauté, il nous dit « Lorsqu'ayant un droit de justice qui m'est propre, l'ayant eu de la succession de mes parents, j'ai, en ma qualité de seigneur de justice, acquis par droit de déshérence ou de confiscation, des biens immeubles ... ces immeubles ne sont pas des propres, mais des acquêts (ou des conquêts) ... Il n'en est pas de même du droit de déshérence que la Coutume de Bretagne (art. 595), et quelques autres donnent au seigneur de fief par la défaillance de l'estoc³ ... Cette succession ne doit pas être considérée comme un fruit et une obvention du fief dominant, mais *comme une réversion qui se fait de ce fief au seigneur*, par l'extinction de l'inféodation que produit la défaillance de la ligne. Le droit d'y rentrer, en cas de défaillance de la ligne, était une des dépendances du fief dominant : ce fief dans lequel le seigneur est rentré, et auquel s'est terminé le droit qu'il avait d'y rentrer, en est donc pareillement une dépendance, comme il l'était avant l'inféodation qui l'en avait séparé ... Il en est de même de la commise du fief pour désaveu ou pour félonie, ce n'est pas tant en ce cas une acquisition que fait le seigneur, qu'une *réversion* qui se fait par l'extinction de l'inféodation. Le droit qu'a le seigneur de rentrer dans les fiefs qui relèvent de lui, lorsque le cas arrivera est un droit qui fait partie du fief dominant, et par conséquent le fief dans lequel, le cas étant arrivé, le seigneur est rentré, doit être propre, lorsque le

1. *Du prêt de consommation*, nos 8 et 9 (t. IV, p. 43).

2. *De la communauté*, n° 66 et suiv. (t. VII, p. 78 et suiv.).

3. L'estoc, c'est la souche.

fief dominant est un propre de la personne à qui il appartient »¹. A ce point de vue, Pothier considère donc la propriété du vassal comme réversible au seigneur.

Sur la même question, il nous dit encore : « Si j'ai acquis, durant mon mariage, un héritage qui relevait en fief ou en censive d'une terre seigneuriale qui n'était propre de communauté ..., il ne laissera pas d'être conquêt ... car quoiqu'il soit réuni à mon fief et qu'il ne fasse plus qu'un même fief avec lui, cette union n'est qu'une union civile ; ce n'est qu'une union de fief, ce n'est pas une union réelle et naturelle »². Le domaine direct ne l'emporte donc pas sur le domaine utile et l'héritage tombe en communauté.

Signalons l'attitude de Pothier quant à la règle : le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder³, dans son *Traité des successions*⁴. Il déclare que cette règle est « diamétralement opposée aux principes du droit

1. N° 126 (p. 103).

2. *De la communauté*, n° 193 (t. VII, p. 131).

3. Coutume de Paris, art. 318 ; Coutume d'Orléans, art. 301.

4. Conformément à ce que nous avons dit dans l'introduction nous n'abordons pas l'étude avec Pothier, des institutions successorales de notre ancien droit qui, certes, ont un autre aspect que celles des Romains ou des Germains. Le sort réservé aux biens n'est pas sans intérêt, puisqu'il règle la dévolution de la propriété en la perpétuant ; mais le choix d'un système d'hérédité prête beaucoup à des considérations politiques, économiques et sociales, et peu à des considérations juridiques. La propriété était individuelle mais l'influence de la famille reprenait sa vigueur sur la succession des biens, car la famille, dans le groupement féodal et dans la société qui en était issue, était le véritable élément (et non l'individu). Aussi on s'accorda pour garantir le plus possible le maintien des biens dans les familles ; il était plus facile de le faire pour les immeubles et on s'y attacha donc. Mais il était naturel que l'on cherchât, en outre, à placer dans la classe des immeubles des biens précieux qui n'étaient pas des meubles corporels, choses *quae tangi possunt*, mais des droits. Il en fut ainsi pour les offices domaniaux ou vénaux, et pour les rentes constituées qui, sans être de nature réelle, procuraient des revenus réguliers (*Du contrat de constitution de rente* n° 112, t. III, p. 480). Notons seulement l'opinion de Pothier sur cette distinction en droits mobiliers et immobiliers ; il reprend nettement celle émise par Tiraqueau dans son *Traité de retraict lignagier* (p. 57, n° 1 et suiv.), et affirme qu'il faut s'en tenir à la « nature de la chose due qui fait l'objet du droit de créance et dans laquelle ce droit de créance doit se fonder, se terminer et se réaliser » (*De la communauté*, n° 69, t. VII, p. 79) ; cependant il accepte ensuite entièrement que les offices et rentes soient rangés dans les immeubles, en raison de leur importance : les offices formaient « une partie considérable de la fortune des particuliers » (*Des choses*, n° 267, t. IX, p. 99), et les rentes constituées composaient « la plus grande partie du patrimoine, souvent tout le patrimoine d'un très grand nombre de familles » (n° 260, p. 96). Pothier tout en reproduisant la règle de Tiraqueau, plus romaine, se rallie quand même aux idées coutumières.

romain »¹, et il trouve que la saisine, en transmettant fictivement la possession, « est bien contraire aux principes du droit romain, et aux idées naturelles ».

Au *Traité des propres* nous remarquons que selon Pothier : « La commise d'un fief qui se fait au profit du seigneur pour cause de désaveu ou de félonie, n'est regardée non plus que comme une peine prononcée par les coutumes contre le vassal au profit du seigneur, et un titre d'acquisition qui donne au fief qui est commis, la qualité d'acquêt »². Il s'agit ici des propres en matière de succession, de donation, de testament, de retrait lignager. Mais nous avons vu que pour la communauté, Pothier a décidé que le fief commis est un propre³. Nous ne voyons pas quelle bonne raison peut bien avoir Pothier de soutenir ici le contraire⁴. Il s'appuie dans les deux cas sur le caractère de la commise ; dans le premier, il a dit qu'elle opérerait *une réversion plutôt qu'une acquisition*, et dans le second il y voit *une peine et un titre d'acquisition*. Cette contradiction très nette marque à notre sens un manque de fermeté de Pothier dans les principes ; il accepte les variations de ses prédécesseurs en s'en désintéressant⁵.

Pour le retrait féodal, il a décidé que le bien retrayé était acquêt, et conquêt de communauté, en notant que du Moulin en faisait un propre de communauté à cause de sa règle d'incessibilité du retrait (non maintenue)⁶.

1. *Des successions*, chap. III, sect. II (t. VIII, p. 111). Elle fut en effet imaginée pour faire passer la possession du fief du vassal à son héritier sans l'intermédiaire du seigneur.

2. *Des propres*, n° 49 (t. VIII, p. 551). Pothier ajoute « ainsi le décide Renusson en son *Traité des propres* (chap. I, sect. XI, n° 18), et d'autres auteurs ». Est-ce le signe d'un doute ?

3. *De la communauté*, n° 126 (t. VII, p. 103). Nous avons rapporté ce texte p. 163.

4. Dans son *Introduction au titre de la communauté des Coutumes d'Orléans*, n° 17 (t. I, p. 219), il écrit justement que « Tout ce qui est dit au sujet des propres de succession, touchant ce qui est uni à un héritage propre..., reçoit application à l'égard des propres de communauté ».

5. D'Argentré (sur la Coutume de Bretagne, art. 419, gl. 2, n° 13) considère que la commise donne au bien, à tous égards, la qualité de propre. C'est du Moulin (sur l'ancienne Coutume de Paris, art. 30, fin de la glosse n° 187) qui en fait un acquêt en général et un propre de communauté. Lebrun en donne une raison assez obscure, rapportée par Henrion de Pansey, sur le *Traité des fiefs de Dumoulin*, p. 563.

6. *Intr. au titre des fiefs*, n° 267 (t. I, p. 115).

CHAPITRE VII

DOCTRINE GÉNÉRALE DE POTHIER SUR LA PROPRIÉTÉ ET LA POSSESSION

Nous extrairons cette doctrine de son *Traité des personnes et des choses*, de son *Traité du droit de domaine de propriété*, de son *Traité de la possession*, de son *Traité de la prescription qui résulte de la possession*¹.

A. — Des personnes et des choses

1^o Des personnes

Après s'être occupé des ecclésiastiques, des nobles et des gens du tiers état, ce qui n'offre aucun intérêt pour nous, Pothier parle en quelques lignes des serfs, dans la première partie (*Des personnes*) ; cet emplacement s'explique tout de suite car Pothier montre que ces serfs sont, à l'opposé des esclaves romains qui n'étaient pas des citoyens mais de véritables choses, des personnes ayant un état civil.

Le servage était depuis très longtemps en voie de disparition, par suite des affranchissements effectués par le roi, le clergé, les seigneurs, et d'une jurisprudence favorable à

1. Nous ferons aussi état de quelques détails extraits d'autres traités, en dehors de ce que nous avons déjà rapporté jusqu'ici, notamment de son *Traité de l'hypothèque*. Nous avons parcouru son *Traité de la procédure civile*, et n'en avons rien retenu, sauf ce qui est dit plus loin, p. 179, note 1.

la liberté. Les auteurs discutaient du point de savoir si le roi pouvait affranchir les serfs des seigneurs, car cet acte portait préjudice au vassal, dont le droit sur le serf pouvait paraître une sorte de propriété, et aux suzerains en diminuant la valeur du fief, en abrégant le fief. Le roi se trouvait ainsi gêné pour affranchir les serfs hors de son domaine¹ : Louis XVI constate dans son édit de 1779 qu'il est empêché d'abolir « ces vestiges d'une féodalité rigoureuse par les égards qu'il aurait toujours dans tous les temps pour les lois de la propriété »² ; faute d'argent il ne peut songer à affranchir les serfs des seigneurs en indemnisant ces derniers, mais il supprime toutefois définitivement la mainmorte personnelle³.

A l'inverse, le vassal qui affranchissait ses serfs abrégait son fief et il lui aurait fallu en principe le consentement de son seigneur et des arrière-suzerains, jusqu'au roi. En fait, les vassaux obtenaient toujours l'autorisation qu'ils demandaient au roi, et Louis XVI dans l'édit de 1779 leur conseille d'affranchir leurs serfs et renonce même à son droit (art. 5) d'une manière générale.

Il aurait pu être intéressant de connaître l'attitude de Pothier quant à l'entrave apportée à l'affranchissement des serfs par le vassal.

Pothier, nous le savons, tient que les serfs « ne sont pas *in dominio* du seigneur auquel ils appartiennent »⁴, et la formule témoigne d'une certaine inconséquence d'expression. Mais il ne se livre à aucun développement sur la question ; avant de passer outre, il nous en donne le motif : « Les coutumes qui parlent de ces serfs sont celles du Niver-

1. Pour ce qui est du domaine de la couronne, des mesures en faveur de la suppression du servage furent prises dès 1315 par Louis IX le Hutin (cf. *Collection des ordonnances du Louvre*, t. I, p. 583 et Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs en France*, t. II, p. 62 et suiv.). Louis XVI le fit disparaître complètement par l'édit de 1779.

2. Édit du 8 août 1779, dans Isambert, *Recueil des anciennes lois*, t. XXVI, p. 139, et Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, t. II, p. 182 à 186.

3. Tout serf peut donc s'affranchir en quittant le fonds et en s'avouant simplement sujet du roi ; Jean Bodin, le grand doctrinaire de la monarchie, en fait déjà dans ses *Six livres de la République*, qui datent de 1576, une règle générale pour le royaume (L. I, chap. V).

4. *Des personnes et des choses*, n° 42 (t. IX, p. 16).

nais, de Vitry, de Châlons, de Bourgogne et d'Auvergne. Il n'y en a plus dans les Coutumes de Paris et d'Orléans ; mais il y a encore, dans les archives des Chapitres de Sainte-Croix et de Saint-Aignan d'Orléans, des actes d'affranchissement des serfs des terres qu'ils possèdent en Beauce »¹. Evidemment, Pothier se désintéresse de la question, parce qu'il n'y a plus de serfs dans le ressort des Coutumes de Paris et d'Orléans.

Il traite ensuite des aubains, des morts civils, des bâtards, des puissances maritale, paternelle et tutélaire.

2^e Des choses

Il distingue les meubles et immeubles, les choses corporelles et incorporelles². A ce sujet il nous dit que : « Les choses incorporelles sont, ou des droits réels, *jus in re*, ou des créances, *jura ad rem*. Les droits réels que nous avons sur les héritages, tels que les droits de fief, de censive, de champart, de rente foncière, les droits de justice, les droits d'usufruit, d'usage, doivent sans doute appartenir à la classe des immeubles ; car ces droits ne sont autre chose que l'héritage même sur lequel nous les avons à prendre, considéré comme nous appartenant, à certains égards »³. Observons comme tout ceci est mal cohérent : aux droits réels incorporels, Pothier oppose le droit de propriété ; fidèle aux Romains il confond le droit de propriété avec la chose elle-même et cette vue elliptique lui permet de faire du droit de propriété une chose corporelle⁴ et de donner le caractère incorporel aux autres droits réels ; seulement, pour expliquer que ces droits sont en même temps immobiliers, il dit qu'ils ne sont autre chose que l'héritage même,

1. N° 42 *in fine* (p. 17). Dans son *Intr. générale à la Coutume d'Orléans*, il dit seulement : « La division des personnes en celles qui sont de condition franche, et celles qui sont de condition servile, n'a plus lieu dans notre Coutume ; car depuis longtemps il n'y a plus de serfs dans cette province » (n° 43, t. I, p. 12).

2. Le Code civil ne le fait pas, du moins expressément.

3. N° 248 (p. 93). Voir aussi n° 270 (p. 99).

4. Le Code civil (art. 526) s'en tient, comme Pothier, à la tradition romaine.

et alors nous trouvons plus étrange encore que le droit de propriété soit corporel, puisque la confusion des autres droits réels avec la chose est également admise par Pothier. Observons encore que ces droits réels sont bien pour Pothier tirés du faisceau de la pleine propriété : l'héritage appartient à certains égards à leurs titulaires.

Malheureusement quelques lignes plus bas Pothier prend une attitude toute différente : « le droit de l'usufruitier est un droit dans l'héritage, *jus in re*; c'est l'héritage même, comme appartenant à certains égards à l'usufruitier, non quant au droit d'en disposer, en quoi consiste le droit de propriété, mais quant au droit d'en jouir, d'en percevoir les fruits pendant sa vie »¹. Ici le droit de propriété est le droit de disposer de la chose, pouvoir caractéristique, certes, mais non totalitaire.

B. — Du droit de domaine de propriété

En préliminaire, Pothier distingue deux sortes de droits à l'égard des choses qui sont *in commercio* : le *jus in re*, « droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards », et le *jus ad rem*, « droit que nous avons, non dans la chose, mais seulement par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner »². Pour le *jus ad rem*, il renvoie à son *Traité des obligations*.

« Il y a plusieurs espèces de *jus in re*, continue-t-il, qu'on appelle aussi droits réels. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels, qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des démembrements, sont les droits de domaine de supériorité, tels que les seigneuries féodale ou censuelle; le droit de rente foncière, les droits de servitude, tant ceux des servitudes personnelles, que ceux des servitudes prédiales, le droit d'hy-

1. N° 251 (p. 94).

2. *Du droit de domaine de propriété*, n° 1 (t. IX, p. 101).

pothèque »¹. Si nous observons bien Pothier, nous remarquons que du droit réel principal de domaine de propriété il fait émaner les autres droits réels démembrés parmi lesquels il énumère le droit de domaine de supériorité (domaine direct), mais non le droit de domaine utile. Nous allons tout de suite savoir pourquoi.

*1^o Ce que c'est que le droit de domaine de propriété
et en quoi il consiste*

Pothier constate qu'à l'égard des meubles et des alleux il n'y a qu'un domaine, le domaine de propriété², et qu'à l'égard des fiefs et censives, il y a deux espèces de domaines, le domaine direct et le domaine utile.

Il nous dit que : « Le domaine direct qu'ont les seigneurs de fief ou de censive sur les héritages qui sont tenus d'eux en fief ou en censive, est le domaine ancien, originaire et primitif de l'héritage, dont on a détaché³ le domaine utile par l'aliénation qui en a été faite, lequel en conséquence n'est plus qu'un domaine de supériorité, et n'est autre chose que le droit qu'ont les seigneurs de se faire reconnaître comme seigneurs par les propriétaires et possesseurs des héritages tenus d'eux ; et d'exiger certains devoirs et redevances récongnitifs de leur seigneurie »⁴. Il poursuit : « Cette espèce de domaine n'est point le domaine de propriété qui doit faire la matière du présent traité ; on doit plutôt l'appeler domaine de supériorité ». Avec quelle prudence et quels tâtonnements Pothier formule ces propositions ! Il aurait pu dire que le domaine direct n'était pas le do-

1. N^o 2 (p. 101).

2. Dans l'édition originale de 1772, il fait la note suivante : « par l'ancien droit romain, il y avait, tant à l'égard des meubles que des immeubles, deux espèces de domaines, le *dominium civile* ou *quiritarium* et le *dominium naturale* ou *bonitarium*. Justinien, en la loi unique, Cod., de *Nat. jur. quir.*, ayant aboli cette différence, nous n'en dirons rien. Voir nos *Pandectes*, t. de *Acq. rer. dom.*, n^o 1 ».

3. Cette analyse est contraire à l'origine historique du fief et de la censive, mais conforme à la doctrine donnée par les feudistes après la transformation du régime féodal et aussi au mécanisme des inféodations et des accensements nouvellement faits à la fin de l'ancien régime.

4. N^o 3 (p. 102).

maine de propriété, il préfère écrire plus évasivement que ce n'est pas le domaine de propriété qui *doit faire la matière de son traité*¹. Pour sentir mieux que Pothier écarte la qualification de propriété pour le domaine direct, il faut nous rappeler qu'il a rayé ce terme de la définition du fief de Du Moulin. Tout cela donne davantage une impression ou une intuition qu'une vision nette, et se termine par une simple marque de préférence : on doit « plutôt » voir dans le domaine direct un domaine de supériorité.

Et le domaine utile ? « Le domaine utile d'un héritage renferme tout ce qu'il y a d'utile ; comme d'en percevoir les fruits, d'en disposer à son gré, à la charge de reconnaître à seigneur celui qui en a le domaine direct ». Jusqu'ici on ne retire guère d'autre enseignement positif que celui d'un domaine direct étant le domaine ancien diminué du domaine utile, et d'un domaine utile voisinant avec un domaine direct. On pourrait encore croire qu'en matière de fief et de censive, domaine de propriété = domaine utile + domaine direct. Mais Pothier se trouve extrêmement gêné au seuil de son étude doctrinale du droit de propriété : son esprit est accoutumé à la conception unitaire romaine, et il éprouve un besoin de synthèse ; il se produit en lui comme un effet de soupape : il rejette en quelques mots rapides le domaine direct, qui lui pèse particulièrement dans la considération théorique. C'est un soulagement momentané qui lui permet, à notre sens, d'entamer son traité avec plus de tranquillité.

« C'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. Celui qui a ce domaine utile, se nomme propriétaire ou seigneur utile ; celui qui a le domaine direct, s'appelle simplement seigneur. Il est bien le propriétaire de son droit de seigneurie ; mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage »².

1. Remarquons l'absence de virgule après les mots « domaine de propriété ».

2. N° 3 (p. 103). On s'appuie généralement sur ce texte de Pothier, pour démontrer que l'évolution de la propriété foncière aboutit au XVIII^e siècle à transformer le domaine utile en véritable propriété. Le texte est net, mais

Pothier a trouvé pour concilier un peu tout, pour assourdir le bruit de soupape, cet ingénieux et subtil dispositif : le seigneur titulaire du domaine direct, reste encore propriétaire de quelque chose : il garde *la propriété du droit de seigneurie* ! Est-il nécessaire d'insister sur l'étrangeté de cet attribut ? Nous avons vu que pour Pothier le vrai droit de propriété se confond avec la chose, à telle enseigne que le droit de propriété ne figure pas dans les choses incorporelles. N'est-ce pas un simple jeu de mots que de parler du seigneur « propriétaire de son droit de seigneurie » ?

En outre nous trouvons un peu étonnant que Pothier, après avoir dit que le droit de domaine de supériorité émane du droit de domaine de propriété¹, nous assure maintenant que c'est le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. Et pourtant le domaine direct ou domaine de supériorité, ne peut sortir du domaine utile : ces deux domaines sont complémentaires. Si nous ne nous arrêtons pas à cette contradiction littérale, nous y sentons tout de même une échappatoire.

Ainsi allégé, Pothier s'empresse de passer à l'examen du droit de domaine de propriété : « Le domaine de propriété est ainsi appelé, parce que c'est le droit par lequel une chose

on aurait tort d'y trouver une vue nouvelle et capitale. Du Moulin, en effet, après avoir donné la définition du fief, selon laquelle la propriété est retenue par le seigneur, qui transfère seulement le domaine utile, écrit dans sa glose 2 sur l'art. 37 de l'ancienne Coutume de Paris (qui dispose que le suzerain peut recevoir en foi, pendant la saisie féodale, les propriétaires ou seigneurs des arrière-fiefs) : que par les termes de propriétaires ou seigneurs la Coutume désigne les vassaux ; *qu'en termes de Droit, on n'appelle propriétaires d'une chose que ceux qui en ont le domaine direct ; que c'est tout le contraire en droit coutumier, où celui qui tient une terre en fief, à cens, ou à bail emphytéotique, en est regardé comme le seul propriétaire, à l'exclusion du seigneur de qui cette terre relève, parce qu'il n'a sur elle qu'un domaine direct, et que la propriété utile, tant qu'elle dure, l'emporte sur la directe*. Nous concluons que du Moulin marque vivement l'opposition du droit romain et du droit coutumier, et que Pothier se borne à suivre le droit coutumier, en développant le caractère prépondérant du domaine utile et en lui rapportant même des expressions romaines, après avoir laissé de côté le domaine direct derrière lequel le Droit se dresserait, menaçant. En somme, du début du xvi^e siècle à la fin du xviii^e siècle, le mouvement n'est pas si considérable : le seigneur de la terre et celui qui la tient survivent en chair et en os, et il est impossible de promouvoir le vassal et le censitaire au rang de propriétaires quirites, sans supprimer le seigneur. C'est ce que fera brutalement la Révolution de 1789.

1. N° 2 (p. 101), cité p. 169.

m'est propre et m'appartient privativement à tous autres. Ce droit de propriété, considéré par rapport à ses effets, doit se définir le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux lois : *jus de re libere disponendi*, ou *jus utendi et abutendi* »¹. La seconde de ces propositions est restrictive par rapport à la première.

Dans son *Introduction générale aux Coutumes*, il a écrit que « la principale espèce de droit qu'on a dans une chose, est le *droit de domaine ou de propriété* »². Ce droit, lorsqu'il est parfait, renferme éminemment tous les autres, qui n'en sont que des émanations »³.

Il développe ce que comprend ce droit qui, dit-il « a beaucoup d'étendue »⁴, et énumère le droit aux fruits, de se servir de la chose, d'en changer la forme, de la détruire, d'empêcher les autres d'en user (sauf servitudes et conventions contraires), de l'aliéner, d'accorder des droits aux autres.

Son idée que le droit de propriété est un faisceau de droits réels s'affirme mieux. « Quoique le droit de propriété renferme tous ces droits, le propriétaire ne peut pas néanmoins toujours les exercer ; il peut en être empêché, ou par un défaut de sa personne⁵, ou par quelque imperfection de son droit de propriété »⁶ ; « l'imperfection du droit de propriété peut aussi priver le propriétaire d'une partie des droits que nous avons dit être renfermés dans le droit de propriété ; lesquels n'y sont renfermés que lorsque la propriété est une propriété pleine et parfaite »⁷ ; « une propriété est pleine et parfaite, lorsqu'elle est perpétuelle, et que la chose n'est pas chargée de droits réels envers d'autres

1. N° 4 (p. 103).

2. Notons en passant l'imprécision de la manière de s'exprimer de Pothier : droit de domaine, droit de propriété, droit de domaine de propriété. Il ne s'arrête pas à une dénomination plutôt qu'à une autre.

3. *Intr. gén. aux Coutumes d'Orléans*, n° 100 (t. I, p. 35).

4. *Du droit de domaine de propriété*, n° 5 (p. 103).

5. Minorité, démence, interdiction, état de femme mariée.

6. N° 6 (p. 103).

7. N° 8 (p. 104).

personnes que le propriétaire »¹. En somme la propriété pleine et parfaite c'est le faisceau complet et durable des droits réels²; mais si l'on retire un à un les divers droits réels, l'étiquette de « propriété » va-t-elle rester collée à l'un d'entr'eux ? et auquel ? La propriété résoluble par l'arrivée d'un terme ou d'une condition, ne comporte pas le droit de mésuser et de perdre la chose, de la dégrader, ni même d'en changer la forme ; c'est, pour Pothier, une propriété imparfaite, mais propriété tout de même³. Le propriétaire de l'héritage chargé d'usufruit est encore un propriétaire⁴, ainsi que celui dont l'héritage est chargé d'un droit de rente foncière. Pothier ne considère pas forcément, on le voit, le *jus abutendi* comme essentiel ; il place plutôt l'étiquette de « propriété » sur la partie des droits réels restés en une seule main qui lui paraît demeurer la plus importante, ne serait-ce qu'à une nuance près (de l'usufruit à la propriété résoluble par exemple). Mais il évite ici de parler de deux propriétaires, l'un actuel, l'autre futur, ou en concurrence sur la chose.

Pothier restreint aussi fort sagement le droit de propriété par les obligations naissant du voisinage⁵ et des lois ; il entend par là tant la loi positive⁶ que la loi naturelle⁷.

Enfin il précise qu'« il est de l'essence de ce droit, que

1. N° 8 (p. 104).

2. Dans son *Traité de la communauté*, n° 68 (t. VII, p. 79), il dit que « le droit que nous avons dans un héritage, le *jus in re*, est en quelque façon l'héritage même, qui est censé en quelque façon nous appartenir en partie, quant au droit que nous y avons, lequel est un démembrement du droit de domaine de propriété ». Il indique les droits de directe seigneuriale (fiefs et censives), de champart et de terrage, de dîmes, de rentes foncières, de servitude personnelle (usufruit, usage), de justice, de banalités, de corvées.

3. N° 9 (p. 104).

4. N° 12 (p. 105).

5. Cf. *l'Appendice du voisinage au Traité du contrat de société* (t. IV, p. 328).

6. Il indique l'exemple de la prohibition d'exportation de blé du royaume N° 14 (p. 106).

7. Il en donne cette illustration intéressante : « quoique la propriété d'une chose renferme le droit d'en mésuser et de la perdre, un marchand, propriétaire d'une quantité considérable de blé, qui, en différant trop longtemps de le vendre, dans l'espérance que le prix du blé enchérirait, l'aurait laissé perdre dans un temps de disette, serait coupable envers le public d'une injustice considérable, la loi naturelle ne permettant pas de laisser perdre une marchandise d'une première nécessité, au préjudice du besoin que le public en a » (p. 107).

deux personnes ne puissent avoir chacune pour le total le domaine de propriété d'une même chose : *Celsus ait : Duorum in solidum dominium esse non potest*; L. 5, § 15, ff. *Commod.* »¹. Il en donne la raison, « que propre et commun sont les contradictoires ». Il montre que cela n'empêche pas que plusieurs aient une propriété en commun, chacun pour une certaine part (intellectuelle) ou en concours.

2^o Comment s'acquiert le domaine de propriété, et comment il se perd

Pothier traite de l'occupation des choses qui n'appartiennent à personne : l'acquisition du gibier par la chasse, des poissons par la pêche, des choses trouvées par l'« invention » (lorsqu'elles n'appartiennent à personne ou sont abandonnées) ; il passe aux épaves (animaux égarés, objets perdus), à quelques autres genres d'occupation, notamment de ce qui est pris sur l'ennemi par les troupes, par les corsaires, et au droit d'accession.

Il arrive ensuite à la tradition, mode naturel de translation du domaine d'une chose d'une personne à une autre, qu'il définit « la translation que fait une personne à une autre de la possession d'une chose »². Il expose les divers procédés employés : tradition réelle, tradition symbolique, tradition *longae manus*, tradition *brevis manus*, tradition feinte (constitut, précaire, rétention d'usufruit), et tradition par la simple clause de dessaisine-saisine admise par les Coutumes d'Orléans³.

Il suffira de considérer cette clause comme de style, puis comme tacite pour aboutir à la mutation de propriété par la convention, avec le Code civil⁴. Mais Pothier, il est bon

1. N^o 16 (p. 107).

2. N^o 194 (p. 168).

3. Art. 278 : « Dessaisine et saisine faites présent notaire de Cour laye, de la chose aliénée valent et équipolent à tradition de fait et possession prinse de la chose, sans qu'il soit requis autre appréhension ». (Art 218 des anciennes Coutumes). Sous cet art. 278, Pothier compare cette tradition à la cérémonie romaine de la *cessio in jure* (t. I, p. 397).

4. Code civil, art. 711, 938, 1138, 1583.

que nous le retenions, expose fermement le principe du droit romain, que la tradition est indispensable, sans s'arrêter à l'opposition de Grotius et de Puffendorf. Il reste obstinément fidèle aux idées traditionnelles, à peu près seul à cette époque, car les auteurs sont attirés pour la plupart par le principe posé en droit naturel : « quoiqu'il en soit, dit-il, de cette question traitée selon le pur droit naturel, que nous abandonnons à la dispute de l'école, le principe du droit romain, « que le domaine de propriété d'une chose ne peut passer d'une personne à une autre que par une tradition réelle ou feinte de la chose », étant un principe reçu dans la jurisprudence, comme en conviennent ceux qui sont de l'opinion contraire, nous devons nous y tenir »¹.

Pothier admet que l'on puisse abdiquer volontairement le domaine de propriété d'un immeuble par le simple abandon, qui en fait une *res nullius*², mais il ne pense pas que la propriété se perde par le non usage, s'il n'y a pas prescription acquisitive d'un tiers³.

3^e Actions

Pothier étudie successivement l'action en revendication et la pétition d'hérédité.

Voici comment il définit la première : « l'action de revendication est une action qui naît du domaine de propriété que chacun a des choses particulières, par laquelle le propriétaire qui en a perdu la possession la réclame et la revendique contre celui qui s'en trouve en possession, et le fait condamner à la lui restituer »⁴.

Quant aux choses qui peuvent être l'objet de l'action en

1. N° 245 (p. 187).

2. N° 267 (p. 195), et la note de l'édition de 1772 sous ce n°.

3. N° 276 (p. 197). L'art. 2262 du Code civil décide que *toutes* les actions réelles sont prescrites par trente ans, contrairement à Pothier, mais la doctrine et la jurisprudence postérieures ne se sont pas arrêtées à ce texte du Code civil. Cf. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. VIII, n° 772, p. 429, et *Req.*, 12 juillet 1905, D.P., 1907.1.141.

4. N° 281 (p. 199).

revendication, il découle de la définition ci-dessus que ce sont celles dont on a le domaine de propriété. Le vassal et le censitaire peuvent revendiquer le fief et la censive comme l'alleutier son alleu, puisque Pothier les considère comme titulaires du droit de domaine de propriété. Mais qu'advient-il pour le seigneur qui a concédé le fief ou la censive, restant titulaire du domaine direct ? Le domaine de supériorité fait-il naître en sa faveur une action en revendication du fief ou de la censive ? Pothier n'examine pas le cas de l'inféodation, mais il expose nettement celui de l'accensement : « Cujas, dans son ouvrage *ad Libros dig. Juliani, lib. 78, sur la loi 56, de Rei vind.*, qui en est tirée, observe que, par le droit romain, l'action de revendication n'avait lieu que pour les choses corporelles. Dans notre droit français je ne vois rien qui empêche que le propriétaire d'une chose incorporelle, *puta*, d'un droit de censive, d'un droit de champart ou d'une rente, lorsqu'il en a perdu la possession, ne puisse donner l'action en revendication de cette chose contre un tiers qu'il en trouverait en possession, de même qu'on la donne pour les choses corporelles »¹. Observons la manière négatoire dont il use : « Je ne vois rien qui empêche », pour formuler la solution, contraire au droit romain, qui accorde une action en revendication au propriétaire d'une chose incorporelle. Avec ce système, la revendication s'applique aux droits de créance (contre une autre personne qui se prétend créancière en lieu et place du véritable créancier), mais Pothier n'en tire que l'exemple du droit de censive, du droit de champart et, de façon plus vague, de la rente. Ainsi le seigneur censier ou champartier, n'extraît de son domaine direct qu'une action en revendication de son droit incorporel, tout comme le rentier ou même le simple créancier. Il est bien propriétaire, mais propriétaire de son droit, et non du fonds, et il peut en conséquence revendiquer son droit et non l'héritage sur lequel celui-ci porte. Nous retrouvons là l'idée que nous avons rapportée plus haut, que le seigneur est « proprié-

1. N° 282 (p. 200).

taire de son droit de seigneurie », et que le seigneur utile « est proprement le propriétaire de l'héritage »¹, et nous pourrions être tentés de constater de la part de Pothier un certain effort continu pour cristalliser la propriété autour du domaine utile. La tournure hésitante de sa proposition, et sa terminologie anodine : droit de censive, au lieu de domaine direct, doivent cependant nous laisser en éveil. Nous sommes fondé dans notre circonspection, car quelques lignes plus bas, Pothier effectue un certain changement de pied. « Il n'est pas nécessaire, dit-il, pour pouvoir intenter cette action, que le domaine que nous avons de la chose revendiquée, soit un domaine parfait et irrévocable »²... « Il n'est pas non plus nécessaire que le domaine de propriété que nous avons de la chose revendiquée soit une propriété pleine : quoique je n'aie que la nue propriété d'une chose, l'usufruit appartenant à une autre, j'ai droit de la revendiquer ; car, quoique je n'en aie pas l'usufruit, je n'en suis pas moins propriétaire pour le total ; l'usufruit que je n'ai pas, étant une servitude, une charge, plutôt qu'une partie de la chose »³. Notons en passant que ceci n'est plus tout à fait conforme à la notion d'un droit de propriété contenant l'ensemble des droits réels, selon laquelle la nue-propriété est une propriété démembrée, gardant la caractéristique de propriété par l'expectative d'attirer de nouveau à elle toute la puissance sur la chose ; Pothier semble s'en soucier assez peu : il se contente de reproduire une opinion romaine en l'occurrence⁴. La chose c'est ici l'héritage. Et nous constatons un second malaise : « Il n'est pas nécessaire non plus, dans notre droit français, pour que nous ayons la revendication d'une chose,

1. N° 3 (p. 103). Voir p. 170.

2. N° 288 (p. 202). Pothier donne l'exemple de la propriété chargée de substitution.

3. N° 289 (p. 202).

4. Il en cite l'expression : « *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est ; quia ususfructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter ; nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse ; L. 25, ff. de verb. signif.* » ; sur cette théorie, cf. Masson, *Essai sur la conception de l'usufruit*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1934, p. 12 et suiv.

que nous en ayons le domaine direct ; il suffit que nous en ayons le domaine utile : un emphytéote, un engagiste ont cette action »¹. Pothier, qui a pris le soin de nous prévenir qu'à l'égard des héritages le domaine utile est le domaine de propriété, sent maintenant la nécessité de nous informer que le seigneur utile a un titre suffisant à la revendication de la chose ; nous trouverions cet avis superflu, si nous ne savions l'embarras et l'incessant besoin de retournement qu'il éprouve sur cette matière de la propriété. Il y a quelque chose de plus grave dans sa nouvelle position : il écrit qu'il n'est pas nécessaire, pour pouvoir revendiquer une chose d'en avoir le domaine direct. C'est donc qu'*a priori* le domaine direct paraîtrait lié à la revendication de la chose qui en est l'objet ? Ce serait opposé à ce qu'il a avancé tout à l'heure en attribuant au titulaire du droit de censive une revendication de la chose incorporelle qu'est le droit de censive, car il laisse bien voir que maintenant il s'agit de la chose elle-même, puisqu'il est question de la revendication *de la chose dont on a le domaine direct*, qui n'est tout de même pas le domaine direct, à moins de faire une violence inadmissible à son langage. Pothier évite le fond de la question : le domaine direct n'est pas nécessaire, dit-il, *dans notre droit français*.

Pothier s'occupe ensuite de la pétition d'hérédité et nous ne relevons rien de notable à ce sujet. Nous le voyons aussi mentionner une action à l'instar de la pétition d'hérédité²,

1. N° 290 (p. 202). Nous devons remarquer aussi comment Pothier substitue un exemple à l'autre dans le cours de son exposé, ce qui contribue à noyer davantage les idées ; nous savons qu'en tête il a montré dans le seigneur un propriétaire de son droit de seigneurie ; on aurait pu s'attendre à le voir par la suite illustrer ce principe général en envisageant le cas du fief, avec ceux de la censive et de l'emphytéose. Il n'en est rien. Pothier ne s'occupe pas du fief, et mentionne en bric à brac à propos de la revendication des choses incorporelles, les droits de censive et de champart avec la rente, et saute dans notre numéro aux cas de l'emphytéote et de l'engagiste (sans doute pour marquer le mouvement de la jurisprudence française quant à des institutions connues des Romains). Il parle du domaine utile de l'engagiste, alors qu'en d'autres endroits il ne lui accorde aucune propriété, notamment dans son *Traité de l'hypothèque*, n° 244 (t. IX, p. 491), où il dit que « le contrat pignoratif ne transfère point la propriété de l'héritage, qui demeure toujours par devers celui qui l'a engagé ».

2. N°s 447 à 449 (p. 263 à 265).

accordée au roi ou au seigneur à titre d'aubaine, de bâtardise, de déshérence ou de confiscation.

Il ne traite pas spécialement de la revendication du seigneur ou du vassal sur le fief ; cependant il professe que toutes les choses particulières, meubles et immeubles peuvent faire l'objet de la revendication ; il n'en exclut que les universalités de biens, pour y appliquer uniquement la pétition d'hérédité ; pourtant il semble bien que le fief puisse être considéré comme une universalité de biens¹. Pothier d'ailleurs, parlant des universalités de choses, qu'il ne faut pas confondre avec l'universalité de biens, n'indique, à titre d'exemples, que le troupeau de moutons et le haras de chevaux². C'est donc qu'il laisse délibérément de côté le cas du fief³.

C. — De la possession

Il présente cette matière de la façon suivante : « Quoique la possession n'ait rien de commun avec le domaine de propriété (*Nihil commune habet proprietas cum possessione*, L. 12, § 1, ff. de Acq. poss.), puisqu'on peut avoir la possession d'une chose, sans en avoir le domaine, et que vice versa on peut en avoir le domaine sans en avoir la possession ; néanmoins, comme la possession fait présumer le domaine

1. Dans son *Traité de la procédure civile*, n° 544 (t. X, p. 249), il est bien obligé de constater que selon l'art. 1^{er} de l'édit des criées de Henri II (1551), l'art. 467 de la Coutume d'Orléans et l'art. 345 de la Coutume de Paris, il suffit exceptionnellement pour les fiefs, de déclarer dans les exploits de saisie réelle qu'on saisit le principal manoir, avec les appartenances et dépendances. Rapprochons ce que dit Legrand : « Nous pouvons comparer le fief au corps qui est composé de plusieurs membres qui sont joints et cohérents ensemble : car les maisons, terres, bois, prés, rivières, étangs, droits de féodalité, sont membres attachés et inhérents au fief » (*Commentaires sur les Coutumes du bailliage de Troyes*, art. 14, gl. 3, n° 2).

2. N° 282 (p. 200).

3. Il ne mentionne pas davantage le fonds de commerce. Par contre il dit quelques mots des biens du mortuaire et du pécule du religieux, mais uniquement en cas de transmission par décès. Dans son *Introduction générale aux Coutumes d'Orléans*, n° 112, il écrit que : « du domaine de supériorité qu'un seigneur a sur un héritage qui relève de lui soit en fief, soit en censive naît l'action qu'a ce seigneur contre son vassal ou censitaire, pour qu'il le reconnaisse pour son seigneur » (t. I, p. 42).

dans celui qui a la possession, et qu'elle est une des manières d'acquérir le domaine, nous avons cru qu'on pouvait joindre au *Traité du domaine de propriété*, un *Traité de la possession* »¹.

Il écrit : « on peut la définir la détention d'une chose corporelle que nous tenons en notre puissance, ou par nous-mêmes, ou par quelqu'un qui la tient pour nous et en notre nom »². Par conséquent nous sommes amené à constater que Pothier, après avoir, dans son précédent traité, admis l'application en droit français du droit de domaine de propriété, assorti de l'action en revendication, aux choses incorporelles³, restreint ici la notion de possession aux choses corporelles. Ce retour aux idées romaines est singulier⁴. Pourquoi ce revirement ? Plus loin, il le souligne à nouveau, « il n'y a que les choses *corporelles* qui soient susceptibles de possession : *Possideri possunt quae sunt corporalia* ; L. 3, ff. de Acq. poss. »⁵ ; il en donne le maigre motif que « posséder une chose, étant *rei insistere, incubare*, il est évident que cela ne peut convenir qu'aux choses corporelles »⁶. Cela ne s'explique guère, car il reconnaît aussitôt que les droits sont susceptibles de la quasi-possession. Quelle est l'utilité de son attitude contradictoire ? Au lieu de parler du propriétaire et du possesseur de la chose incorporelle, ce qui se serait défendu ou du propriétaire (et non du possesseur) de la chose incorporelle, ce qui aurait été au moins logique, il juxtapose propriétaire et quasi-possesseur. Ce n'est pas raisonnable et ne peut

1. *De la possession*, chapitre préliminaire (t. IX, p. 267).

2. *De la possession*, n° 1 (p. 268).

3. *Du droit de domaine de propriété*, n° 282 (p. 200), cité p. 176. Dans ce passage, Pothier, s'écartant du droit romain, accordait au propriétaire d'une chose incorporelle l'action en revendication « contre un tiers qu'il en trouverait en possession » ; en quelque sorte il admettait donc la possession des choses incorporelles.

4. Rappelons que selon le Code civil, les droits sont susceptibles d'une véritable possession ; l'art. 2228 n'est d'ailleurs que la définition de Pothier, complétée : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ».

5. *De la possession*, n° 37 (p. 278).

6. *De la possession*, n° 37 (p. 278). Il tire cette étymologie de la définition de Paul, qu'il a rapportée au n° 1 (p. 267).

s'expliquer que par la concurrence des idées coutumières et romaines chez Pothier, et aussi sans doute par l'intention d'accorder la protection possessoire au titulaire de la propriété d'une chose incorporelle (en raison de la réalité des domaines directs, rentes etc...)¹.

Il énumère, comme droits susceptibles de quasi-possession, les droits de dixme, de champart, de fief, de censive, de rente soit foncière soit constituée, de servitude, de justice, et généralement quelque droit que ce soit². A cette occasion, il réintègre le fief à côté de la censive ; le domaine direct du fief ou de la censive rend donc propriétaire et quasi-possesseur d'un droit de fief ou de censive : ce n'est pas harmonieux.

Pothier rend compte des effets de la possession qui, tout en étant un fait plutôt qu'un droit, donne des droits par rapport à la chose, dont on est réputé propriétaire, et des actions protectrices. Il rappelle que « les jurisconsultes romains avaient élevé sur la nature de la possession, cette question, si deux personnes pouvaient avoir quelquefois chacune pour le total la possession d'une même chose »³, et met en regard l'argumentation des deux écoles habituellement opposées, les Sabinien, qui acceptaient l'existence simultanée de deux possessions d'espèce différente (juste et injuste, civile et précaire), et les Proculien, qui tenaient pour la négative absolue. Pothier déclare que ces derniers « pensaient plus sainement, et plus conformément à la nature des choses », et que leur sentiment a prévalu. D'ailleurs il remarque qu'il en est de la possession comme du domaine, que deux personnes ne peuvent avoir chacune *pour le total*.

Il distingue deux principales espèces de possession : la possession civile, et la possession purement naturelle. Il définit ainsi la première : « La possession civile est la

1. Cette quasi-possession de ces droits incorporels devait plus tard servir de justification à la Constituante pour les épargner provisoirement (exemption de preuve). Cf. Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, Paris, 1898, p. 135.

2. N° 38 (p. 278).

3. N° 4 (p. 268).

possession de celui qui possède une chose comme à lui appartenant en propriété, soit qu'il en soit effectivement le propriétaire, soit qu'il ait seulement quelque juste sujet de croire l'être »¹. Puis il subdivise la possession naturelle en quatre espèces : la possession dépourvue de titre, de raison, la possession procédant d'un titre de nature à transférer la propriété, mais infectée de mauvaise foi, la possession procédant d'un titre nul, et enfin la possession procédant d'un titre valable mais qui n'est pas de nature à transférer la propriété².

Il donne des exemples intéressants de la quatrième espèce : « On peut apporter pour exemple de possession qui procède de titres qui ne sont pas de nature à transférer la propriété, la possession d'un engagiste » ; il avance que l'engagiste possède la chose *tanquam rem alienam*, et non *tanquam rem propriam*. Or nous avons vu plus haut qu'il accorde à l'engagiste le domaine utile et l'action en revendication³. De sa part il y a donc ou contradiction formelle, ou considération que le domaine utile est inférieur à la possession, et s'applique ici à la chose d'autrui. Ses autres exemples sont la possession de l'usufruitier⁴, celle du séquestre, celle du précariste.

Pothier sépare enfin de la possession civile, ou naturelle, la simple détention des fermiers, locataires, dépositaires, emprunteurs ou commodataires.

Il étudie ensuite les actions possessoires : la complainte en cas de saisine et nouvelleté, et la réintégrande.

D. — De la prescription qui résulte de la possession

Pothier définit l'usucapion « le droit qui nous fait acquérir le domaine de propriété d'une chose, par la possession paisible et non interrompue que nous en avons eue pendant

1. N° 6 (p. 269).

2. N°s 10 à 13 (p. 271).

3. *Du droit de domaine de propriété*, n° 290 (p. 202), cité p. 178.

4. Les développements de Pothier sur l'usufruit se trouvent dans le *Traité du douaire* (t. VI, p. 315 à 484).

le temps réglé par la loi »¹. Il rappelle que dans l'ancien droit romain la prescription acquisitive n'avait lieu que pour les *res Mancipi*², mais que le prêteur avait accordé au possesseur de bonne foi d'un droit incorporel³ ou d'une *res nec Mancipi* une *praescriptio longi temporis*⁴, sorte de fin de non recevoir, puis une action utile, et qu'enfin Justinien a unifié le système, et fait de la *praescriptio longi temporis* un véritable droit d'usucapion. Pothier applique l'usucapion aux choses incorporelles.

Il rapporte que du Moulin, sur l'article 12⁵ de la Coutume de Paris, décide qu'un héritage ne peut être usucapé par le seigneur féodal ni davantage une seigneurie par le vassal, malgré juste titre et bonne foi, parce que cela répugnerait à la protection et fidélité que se doivent le seigneur et le vassal⁶. Pothier constate que cette opinion n'a pas été suivie, et que la maxime que « le seigneur ne peut prescrire contre son vassal » doit s'entendre seulement en cas de saisie féodale ; il s'étonne que, malgré la mention de cette restriction dans l'article 12 de la Coutume réformée de Paris, Guyot dans son *Traité des fiefs* suive encore le sentiment de du Moulin. De même le cens est imprescriptible⁷, lorsqu'il constitue bien une redevance récongnitive de la seigneurie directe.

Selon Pothier, celui qui a acquis un héritage d'une personne à qui il a été aliéné pour un certain temps, sans connaître la réversion auquel il était sujet, obtient par la prescription le « domaine perpétuel de cet héritage »,

1. *De la prescription*, n° 1 (t. IX, p. 317).

2. Au bout d'un an pour les meubles et de deux ans pour les immeubles.

3. Pourquoi Pothier parle-t-il maintenant du possesseur de bonne foi d'un droit incorporel ?

4. De dix ans *inter praesentes* et vingt ans *inter absentes*.

5. En réalité, sur l'art. 7 de l'ancienne Coutume de Paris, du Moulin s'incline devant la disposition de cet article, mais il le traite comme déroga-toire au droit commun et s'emploie à en restreindre les effets ; il n'est pas si hostile à la prescription que semble le dire Pothier, et le nouvel art. 12 a été rédigé sous son influence. Voir Henrion de Pansey, sur le *Traité des fiefs de Dumoulin*, p. 577 et suiv. Du Moulin admettait même la prescription centenaire de la foi, qui fut rejetée par la coutume réformée.

6. N° 21 (p. 324 et 325). Cf. aussi n°s 166 et 167 (p. 376). Cf. aussi sa note 1 sous l'art. 86 de la Coutume d'Orléans (t. I, p. 168).

7. N° 133 (p. 365). Art. 124 de la Coutume de Paris.

au lieu du « domaine à temps »¹. Pothier, une fois encore, reconnaît donc la propriété temporaire.

Puis il traite de la prescription de trente ans, seule possible dans certaines coutumes, ou à défaut de titre dans les autres, et qui demeure inefficace vis-à-vis des droits seigneuriaux, son effet se limitant, le cas échéant, à la quotité du cens ou du champart², six sous au lieu de dix, une poule au lieu de trois, la douzième gerbe au lieu de la sixième.

Il mentionne la prescription de quarante ans contre l'Eglise et les communautés, la prescription triennale romaine des meubles, qu'il déclare problématique dans les Coutumes d'Orléans et de Paris, qui ne s'en sont pas expliquées³, et le ténement de cinq ans, qui n'a lieu que dans quelques coutumes, pour les charges réelles d'un héritage⁴. Les rentes foncières en sont exceptées, et c'est l'occasion pour Pothier de nous rappeler que cette prérogative tient à ce que « ces rentes étant un droit que le bailleur s'est retenu dans son héritage lors de l'aliénation qu'il en a faite, et *qui fait en quelque façon partie du domaine de propriété*, qu'il n'a transféré au preneur que sous la déduction de la rente, sont un droit beaucoup plus fort que n'est celui qui résulte d'un simple assignat dont on a chargé un héritage pour le paiement d'une rente »⁵.

Il examine aussi la question du conflit de coutumes sur la prescription, notamment pour le fief et la censive ; bien que le droit de seigneurie consiste, dit-il, « dans un domaine de supériorité, qui est aussi un droit réel que le seigneur a dans les héritages qui relèvent de lui en fief ou en censive », et par conséquent doit relever de la coutume du lieu, cependant comme le seigneur « a attaché ce droit de seigneurie à une certaine tour, à un certain château⁶ qui est

1. N° 138 (p. 367).

2. N° 184 (p. 381). Cf. aussi art. 263 de la Coutume d'Orléans (t. I, p. 347).

3. N°s 199 à 202 (p. 386 et 387). L'art. 2279 du Code civil en garde un vestige (revendication de l'objet perdu ou volé pendant trois ans seulement).

4. Coutume d'Anjou, du Maine, de Tours et de Lodunois, n°s 206 et suiv. (p. 389).

5. N° 212 (p. 391).

6. Voire une mesure, un orme ou une motte de terre.

le chef-lieu de sa seigneurie et le lieu où elle s'exerce »¹, la prescription est soumise à l'empire de la loi du chef-lieu. On voit le lien réel entre les terres, la mouvance du fief et de la censive de la tour ou du château du seigneur.

Rapidement il fait mention de la prescription de sept ans de la Coutume de Bayonne, de la prescription de vingt ans, sans titre, des Coutumes de Ponthieu, de Boulonnais, d'Artois, de Cambrai, de Saint-Paul et de Valenciennes, de la prescription de quarante-un ans de la Vicomté de Sole.

Il s'occupe aussi de la prescription par laquelle un seigneur prescrit contre un autre seigneur le domaine de supériorité. Il rappelle que le droit de domaine de supériorité des seigneurs de fief, de censive, de champart seigneurial, de rente seigneuriale est imprescriptible *extinctive* par les vassaux et tenanciers, mais non *translative*, entre seigneurs. Le possesseur trentenaire de la seigneurie féodale ou censuelle acquiert un domaine direct qui détruit² celui du seigneur primitif, « la seigneurie directe ou domaine de supériorité d'un même héritage ne pouvant pas être par devers deux différents seigneurs, de même que deux différentes personnes ne peuvent avoir chacune pour le total le domaine de propriété d'une même chose : *Duo non possunt esse domini in solidum* »³. Observons la façon détournée par analogie que Pothier emploie pour relier à la question la maxime relative à la pleine propriété.

Enfin il consacre quelques pages à la possession centenaire ou immémoriale, que la plupart des coutumes jugent insuffisante à prescrire les droits seigneuriaux de fief ou de censive⁴, par considération de la règle : nulle terre sans seigneur⁵.

1. N° 249 (p. 405).

2. Coutume de Paris, art. 123, pour la censive (étendu aux fiefs).

3. N° 272 (p. 414).

4. Coutume de Paris, art. 12 (fief) et 124 (censive).

5. Pothier ne se soucie pas autrement d'expliquer l'imprescriptibilité des droits seigneuriaux. Du Moulin argue de la bonne foi et du lien hiérarchique entre seigneur et vassal. Certains feudistes croient que ce privilège est fondé sur ce que les droits seigneuriaux sont pour la plupart des droits de pure faculté. Mais les feudistes en général appuient les articles des Coutumes de références au Code de Justinien, relatives aux droits du souverain, en avan-

E. — De l'hypothèque

Pothier réunit l'hypothèque et le droit de gage¹, en y voyant « le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa créance »²; c'est un « droit dans la chose, *jus in re* ». Elle se contracte soit sans tradition, soit avec tradition (nantissement, *pignus*).

En droit français, il n'applique l'hypothèque qu'aux immeubles, « non-seulement les immeubles corporels..., mais même les immeubles incorporels, tels que sont les droits réels, tels que les droits de rentes foncières, de censives, de fiefs, même les droits de justice »³. Il admet l'hypothèque de l'hypothèque⁴, et l'hypothèque de l'usufruit⁵.

Nous remarquons un passage intéressant, lorsqu'il recherche par qui la chose peut être hypothéquée : « l'hypothèque étant un droit dans la chose, c'est une conséquence qu'il ne peut être accordé que par celui à qui la chose appartient et qui en est le propriétaire ; celui qui ne l'est pas, ne pouvant *transférer* à un autre *un droit dans une chose qu'il n'a pas lui-même* »⁶. Car nous y retrouvons l'idée souvent exprimée par Pothier que le droit de propriété est l'ensemble des droits dans la chose, des droits réels. Comme il la main-

quant que toutes les seigneuries sont émanées du roi et qu'elles sont tenues en fief de lui ou médiatement ou immédiatement. Dès lors, ces seigneuries peuvent être réunies au domaine royal, en cas de commise par exemple, et c'est une raison de conclure qu'on ne saurait en retrancher aucune chose par la prescription qu'on ne fasse un préjudice indirect aux droits du roi. En ce qui touche l'imprescriptibilité du domaine du roi, Pothier écrit que : « Le roi à la vérité, n'est pas lui-même sujet à aucune loi humaine, ni par conséquent à celle de la prescription ». Ceci a le don de fâcher Bugnet qui, en note, décoche à Pothier quatorze vers de Racine sur les flatteurs, *Des obligations*, n° 685 (t. II, p. 378).

1. Pothier emploie la terminologie romaine, qui sera abandonnée par le Code civil.

2. *De l'hypothèque*, n° 1 (t. IX, p. 423).

3. N° 38 (p. 435).

4. N° 39 (p. 435). Cf. aussi *De la procédure civile*, nos 656 et 657 (t. X, p. 298).

5. Nos 40 et 41 (p. 435).

6. N° 44 (p. 435). Du Moulin dit pourtant que « *hypoteca nihil habet commune cum dominio et proprietate* » (passage cité p. 82).

tient ici, il en résulte que le droit réel d'hypothèque est transféré plutôt que créé. Mais Pothier sent bien la difficulté : comment imaginer que le propriétaire d'une chose puisse avoir lui-même, préalablement, un droit d'hypothèque sur sa propre chose ? Il formule l'objection : « On dira peut-être que le propriétaire d'une chose n'a pas le droit d'hypothèque dans sa chose, *cum nemini res sua pignori esse possit*, comment peut-il le donner à une autre ? ». La réponse, dit-il, est facile : « Le propriétaire d'une chose n'a pas, à la vérité, un droit d'hypothèque dans sa chose, dans la forme du droit d'hypothèque, il ne l'a pas *formaliter* ; mais il a *eminenter*, c'est-à-dire, *non quidem jure hypothecae, sed jure dominii*, tout ce en quoi le droit d'hypothèque consiste..., de tenir la chose hypothéquée et de la vendre ; or ce droit se trouve renfermé dans le *dominium* qu'a le propriétaire, qui contient principalement le droit de disposer de la chose et par conséquent de la vendre »¹. Cette vue, quoique subtile, est loin d'être inexacte, et Pothier réussit à incorporer le droit réel d'hypothèque dans le faisceau du droit de propriété². Retenons aussi l'affirmation que le *dominium* contient *principalement* le droit de disposer.

Plus loin il écrit que si l'héritage hypothéqué a été par la suite donné à titre de cens, d'emphytéose, ou de rente foncière, l'action doit être dirigée contre le détenteur, « car c'est celui qui le tient à ces titres qui est vraiment propriétaire et possesseur de l'héritage dont il a le domaine utile ; le seigneur de cens, d'emphytéose ou de rente foncière ne possède pas proprement l'héritage, mais le droit qu'il s'est

1. N° 44 (p. 436). La loi du 9 messidor an III avait créé la cédule hypothécaire, véritable hypothèque du propriétaire sur sa chose, établie en vue d'en disposer facilement plus tard (le Code civil ne l'a pas maintenue). La Convention voulait « jeter le principe de mobilisation sur un sol longtemps immobile », dit Laferrière, *Essai sur l'histoire du droit français* (p. 173). Cette espèce de bon foncier délivré par le conservateur des hypothèques, transmissible comme une lettre de change, devait mettre dans le commerce la propriété foncière, alors que les arpents de terre, comme disait Mirabeau, ne pouvaient circuler en nature. Cette institution est restée dans le domaine de l'imagination législative, l'assignat public lui a jeté un mauvais sort.

2. Le droit réel d'hypothèque détaché du droit de propriété ne subsiste pas seul, mais accessoirement à une créance personnelle. Cf. *Des propres*, n° 69 (t. VIII, p. 556).

retenu dessus »¹. Ceci correspond à la doctrine du tenancier propriétaire. Pothier ne mentionne pas le fief ; on n'en peut rien conclure, car de son temps, il n'y a plus guère de nouvelles inféodations, et l'omission peut s'expliquer par là. En accord avec cette règle, dans le cas d'usufruit, l'action sera dirigée contre le propriétaire, au moins en concours².

1. N° 73 (p. 443). Nous supposons qu'en parlant de rente foncière Pothier a en tête la rente seigneuriale ; autrement, il ne saurait être question de domaine utile.

2. Pothier mentionne cependant l'opinion contraire de Loyseau dans son *Traité du déguerpissement*, L. III, chap. III, n° 2.

CONCLUSION

SUR LA DOCTRINE DE POTHIER ET L'ENSEIGNEMENT QU'ON EN PEUT TIRER

A. — Conclusion de l'examen de la doctrine de Pothier

Nos conclusions vont se dégager naturellement de l'étude que nous avons faite, pas à pas, avec Pothier des institutions intéressant la propriété.

Nous avons vu que Pothier ne traite pas spécialement de l'alleu, le domaine exercé sur la terre allodiale étant le domaine de propriété. Il n'y consacre que des textes épars, à propos desquels nous avons relevé qu'il admet la directe royale universelle, quoiqu'en un sens restreint.

En matière de fief, il arrange quelque peu la définition de du Moulin, en substituant la dénomination de seigneurie directe à celle de propriété, pour le droit que retient le seigneur dominant. Il attribue d'abord une valeur prépondérante au domaine utile du vassal, ne laissant qu'un caractère purement honorifique à la seigneurie directe, mais se consacre ensuite à l'examen des droits du seigneur comprenant, outre la foi et hommage, la saisie féodale, le dénombrement, la commise, le quint, le rachat, qui ne sont pas précisément des honneurs. Le jeu de la hiérarchie féodale donne lieu à une cascade de domaines directs et de domaines utiles sur une même terre, mais Pothier n'est pas autrement choqué de cet éventail de propriétés ; retranché derrière du Moulin, il se contente d'affecter au suzerain fiefieux le domaine direct parfait, aux seigneurs intermédiaires à la fois un domaine direct subordonné et un domaine utile relatif, et au dernier vassal le véritable domaine utile.

Il varie sur la nature de la saisie féodale, à propos de laquelle il pose des principes contradictoires, tout autant que les développements qu'il y consacre. Il décèle dans la prétention à l'allodialité un cas de désaveu, ce qui est une décision défavorable à l'alleutier, par le risque qu'elle crée, et il tend, en stricte logique, à juger de même quant au prétendu censitaire. Il exige des dénombrements de nature à garantir le maintien intégral des droits des seigneurs. Quant aux profits de vente et de rachat, droits utiles, ils le mettent dans la nécessité d'adopter une attitude différente, et de considérer plutôt la qualité de possesseur du fief ; il est d'ailleurs amené, pour expliquer que le vassal puisse aliéner le fief pendant qu'il est saisi féodalement, à prétendre que le seigneur saisissant n'a que la détention naturelle et utile de la possession (?), et non la propriété, comme il l'a écrit antérieurement. Sur le retrait féodal, il continue ses variations. En étudiant le jeu de fief, il considère que le vassal sous-inféodant aliène seulement l'utilité, et garde la propriété civile de l'héritage afféagé. En cas de retour du fief dans les mains du seigneur, il admet la survie du domaine utile, séparé du domaine direct, quoique tous deux appartiennent alors au seigneur, en arguant qu'il y a toujours fonds dominant et fonds servant comme si les fonds étaient capables de droits. Lorsqu'il indique que le seigneur déloyal perd son droit, il s'appuie d'un texte de du Moulin qui prive le seigneur de la propriété du fief, mais il a soin d'ajouter que du Moulin entend par cette dernière expression la directe qu'a le seigneur sur le fief de son vassal.

Dans le domaine utile du censitaire, il reconnaît un domaine différent du domaine utile du vassal. Car si le vassal peut sous-inféoder ou accenser un fonds, et se retenir par là un domaine direct, le censitaire par contre ne peut décomposer le domaine qu'il a sur le fonds. Au domaine utile du vassal reste attachée une dernière parcelle du domaine éminent ; le domaine utile du censitaire ne contient plus rien de féodal, et se trouve donc inférieur, à ce point de vue. Cependant à d'autres égards il est mieux

assuré : car il n'y a ni saisie féodale¹ ni commise de la censive mais de simples amendes en cas de non paiement du cens, et les profits sont moins lourds. Il peut donc paraître préférable de tenir une terre roturièrement en censive plutôt que noblement en fief (ce qui est indépendant de la qualité que l'on a personnellement de noble ou de roturier), pour ces raisons, et aussi à cause des différences dans la succession. Pothier ne tergiverse pas sur les qualités dissemblables des domaines utiles du vassal et du censitaire. Il les constate, sans plus, et considère aussi le censitaire comme propriétaire de l'héritage censuel. De même il enregistre que selon la plupart des coutumes il n'existe pas de droit de retrait censuel au profit du seigneur censier. Par contre, il dénie le droit de chasse au censitaire, même s'il est gentilhomme.

Pothier donne au champartier, comme au vassal et au censitaire, la qualité de propriétaire. Il tend à lui accorder le droit de changer le genre de culture, en considération de la liberté naturelle et du bien public.

Il ne traite guère de l'emphytéote, à qui il attribue le domaine utile. D'ailleurs il distingue plusieurs espèces de seigneuries utiles, dont on ne peut disconvenir, dit-il prudemment, qu'elles soient au moins des droits réels, et il reconnaît la seigneurie utile temporaire des preneurs de baux à longues années, c'est-à-dire de plus de neuf ans, comme seigneurie utile emphytéotique. Selon son principe, l'amodiation pour une durée supérieure à neuf ans ne crée pas un fermier ou un locataire, mais un propriétaire utile, titulaire d'une propriété réversible. D'ailleurs, il éprouve de la difficulté à séparer le bail à longues-années du bail à rente ; il en est de même du bail à vie, qu'il présume tenir plutôt de la nature du bail à rente, et renfermer une constitution d'usufruit (ce qui est moins énergique), mais qu'il déclare pouvoir être aussi, selon l'intention des parties, un simple bail à loyer ou à ferme. Le trait notable de l'attitude

1° La saisie censuelle diffère totalement de la saisie féodale : c'est un arrêr, un empêchement, et non le retour de la propriété dans les mains du seigneur.

qu'il a sur ces questions est qu'il est favorablement disposé envers la propriété utile temporaire, même de courte durée ¹, qui répugnait aux Romains.

Sur le bail à rente, Pothier s'étend davantage; s'il lui assigne pour conséquence le transfert de la propriété, il le fait avec circonspection : l'imprécision des termes de bailleur et de preneur est pour lui plaire. Ne dit-il pas que ce contrat ressemble en bien des choses aux contrats de vente et de louage, et n'affirme-t-il pas qu'il est du droit des gens ? S'il entend par là, qu'il n'est pas proprement romain ni féodal, il a raison. Mais il est plutôt coutumier que de droit des gens ². Et Pothier remarque bien que le preneur n'acquiert pas tellement la propriété parfaite de la chose, puisqu'il ne peut en mésuser. Cependant il est amené à désigner par la suite le bailleur comme *créancier* de rente foncière et à protester contre l'expression de *seigneur* de rente foncière employée dans les coutumes. Comme tout ceci est contrariant ! Pour comble, voici que Pothier rebrousse chemin et analyse le droit de rente foncière en une espèce de démembrement de l'héritage, dont la propriété se trouve partagée entre le preneur et le bailleur. Ainsi donc, accoutumé à la disjonction de la propriété, il se laisse aller à l'étendre au bail à rente, en pleine liberté, puisque selon lui, celui-ci est de droit des gens. Il a peur d'être allé trop loin et rend aussitôt au preneur le droit de *dominium* et de propriété, ne laissant au bailleur qu'un simple droit foncier, qui n'est pas proprement le *dominium*. Quelle brousse doctrinale inextricable ! D'autant plus que le preneur ne peut détériorer l'héritage. Au demeurant Pothier place le droit de rente foncière dans le faisceau des droits réels constituant la propriété.

1. En cas d'aliénation, le droit du locataire ou fermier étant inopposable à l'acquéreur, l'attribution d'un domaine utile au preneur du bail à longues années apporte un remède efficace dans la même éventualité. C'est sans doute la raison pour laquelle Pothier interprète largement l'article 149 de la Coutume de Paris.

2. La loi des 18-29 décembre 1790 a permis le rachat de toute rente foncière ; la loi du 11 brumaire an VII n'indique pas la rente comme droit susceptible d'hypothèque ; enfin les art. 529 et 530 du Code civil en font un simple droit mobilier, une créance du prix de la vente de l'immeuble.

Dans son *Traité du contrat de vente*, qu'il range dans le droit des gens à plus juste titre, il reproduit les règles traditionnelles que non seulement la convention n'est pas par elle seule translatrice de la propriété, mais qu'elle ne contient même pas nécessairement l'obligation du transfert, et il les défend vivement, appuyé doublement sur les textes romains et le droit coutumier. Il fait mention de la vente de l'usufruit et il montre que le fond et la substance de ce droit sont renfermés dans le droit de propriété.

Sur les retraits, Pothier reconnaît que les lois purement coutumières portent atteinte à la liberté naturelle de vendre et d'acheter, mais, posant la question, si le droit de retrait lignager est favorable ou odieux, il le déclare favorable ; il est partisan du maintien des biens dans les familles, et estime que cette institution oblige jusque dans le for de la conscience.

Quant au louage, il semble éprouver une certaine gêne à en faire l'analyse, puisqu'il se laisse aller à le considérer comme une vente de la jouissance de la chose louée. Nous pensons qu'habitué à trouver la puissance sur la chose dans les mains de titulaires de droits réels multiples, il sent le besoin de discriminer nettement les droits de pure obligation naissant pour les parties des baux à ferme ou à loyer, des droits qui prennent leurs sources dans les inféodations, les accensements, les longues tenures et les baux à rente ; il est ainsi entraîné sur une pente paradoxale, et il accepte plus volontiers la règle ancienne de l'inaliénabilité du droit du fermier ou locataire au nouvel acquéreur.

Nous avons remarqué qu'à propos du prêt de consommation, il entre dans une controverse avec Saumaise, à qui il reproche de confondre le *jus in re* et le *jus ad rem*, dont la distinction, dit-il, est un des principaux fondements du droit. Il écrit que le droit de *dominium* est une des principales espèces de *jus in re*, ce qui étonne puisqu'il prend si souvent le soin de faire sortir tous les droits réels du droit de propriété.

Enumérant les propres de communauté, il décide notamment, que le vassal a sur le fief un droit de propriété réver-

sible au seigneur en cas de commise (et de deshérence selon la Coutume de Bretagne), et que la réversion imprime la qualité de propre au bien retournant au seigneur de fief. Il n'en est pas de même si le retour se produit par achat.

Lorsqu'il rapporte la règle que le mort saisit le vif, il constate que cette saisine est contraire aux principes du droit romain et aux idées naturelles.

Puis, au *Traité des propres*, à l'égard cette fois des transmissions à titre gratuit et du retrait lignager, il dispose contrairement à ci-dessus, que la commise du fief est une peine prononcée par les coutumes, et que le bien rentre comme acquêt, et non comme propre, dans la main du seigneur : c'est une pure contradiction.

Dans le *Traité des personnes et des choses*, il ne donne aucun détail sur les serfs, parce qu'il n'y en a plus que dans quelques rares coutumes ; nous ne pouvons donc connaître son opinion quant au mécanisme de l'affranchissement, qui nous eût intéressé. Il pose avec soin la distinction romaine des choses corporelles et des choses incorporelles, qui confond le droit de propriété sur un bien avec ce bien lui-même, par opposition aux autres droits réels ; à la rigueur cette séparation pourrait se défendre, si ces autres droits réels étaient présentés comme de purs droits *in re aliena* ; mais Pothier, sans doute pour leur attribuer un caractère immobilier, nous dit qu'ils ne sont autre chose que l'héritage même, regardé en quelque sorte comme appartenant à certains égards aux titulaires de ces droits réels. Cette attitude que nous n'estimons pas très favorable à la distinction des biens corporels et incorporels, concorde avec l'idée que le droit de propriété est le faisceau des droits réels. Tout aussitôt il avance une définition de l'usufruit qui paraît s'écarter de cette idée, et même contenir une opposition : le droit de l'usufruitier est un droit dans l'héritage, *appartenant à certains égards à l'usufruitier* (pour la jouissance), *mais non quant au droit d'en disposer, en quoi consiste le droit de propriété*. Ici le droit de propriété se réduit au droit de disposer, et subsiste dans un seul fragment des droits sur la chose. Pothier pourrait expliquer cet effet en soulignant

le démembrement, en insistant sur le fait qu'il s'agit alors d'une propriété démembrée, d'une nue-propriété, d'un droit qui retient tout de même le titre de propriété par simple prépondérance, parce que celui qui garde de la sorte le nom de propriétaire a le pouvoir de disposer, et, de plus, ce qui nous semble autrement significatif, l'expectative de rentrer dans la plénitude des droits au terme de l'usufruit. Il passe sous silence cette aimantation du droit du nu-propriétaire, qui aurait pourtant illustré le droit de propriété — faisceau qui *survit* dans l'expectative du remembrement et le droit d'en disposer, mais qui ne *consiste* pas dans le droit de disposer.

Sur le droit de domaine de propriété, nous relevons des enseignements dignes d'attention.

Nous retrouvons l'affirmation nette que le droit réel est un droit que nous avons dans une chose, par laquelle elle nous appartient, au moins à certains égards, que le principal est le droit de domaine de propriété, que les autres espèces émanent de celui-ci et en sont des démembrements, notamment le droit de domaine de supériorité. Le droit de domaine de supériorité émane donc du droit de domaine de propriété. Or Pothier continue en rappelant que le domaine direct est le domaine ancien, primitif, dont on a détaché le domaine utile ; on comprend donc que le domaine direct soit appelé domaine de supériorité. Mais, poursuit-il, cette espèce de domaine n'est pas le domaine de propriété qui doit faire la matière de son traité, autrement dit, ce domaine direct est peut-être un domaine de propriété, mais ce n'est pas de celui-ci qu'il va être question : le domaine de supériorité sera laissé de côté.

Ces préliminaires nous autorisent à croire que le droit de domaine de propriété est la somme des droits réels, et que, notamment, le domaine de propriété, disjoint féodalement, est le domaine direct plus le domaine utile. Pothier est gêné doctrinalement et recule devant la tâche qui consisterait à broser le tableau d'ensemble de la propriété foncière ; il préfère s'occuper séparément du fief et de la censive, et il a rejeté le domaine direct. Il en apporte la justification

suivante : le domaine utile s'appelle domaine de propriété, le propriétaire ou seigneur utile est proprement le propriétaire de l'héritage alors que le seigneur est propriétaire de son droit de seigneurie. La disjonction est masquée, et il y a une espèce d'émergence de la conception romaine : unité de propriétaire. Là-dessus, Pothier peut entreprendre l'examen de fond du droit de propriété, montrer qu'il est ainsi appelé parce que la chose est au propriétaire, lui appartient privativement à tous autres, et qu'il est le droit de disposer à son gré d'une chose sans atteinte au droit d'autrui ni aux lois.

Et cependant le droit de domaine utile n'est pas un droit parfait de propriété : il ne renferme pas le droit réel de domaine direct. Pothier enseigne que la propriété est pleine et parfaite lorsqu'elle est perpétuelle, et, la chose n'étant pas chargée de droits réels envers d'autres personnes, renferme tous les droits réels. En cas de démembrement, il s'efforce de discerner la portion la plus importante, pour y coller l'étiquette de propriété (imparfaite) ; il ne se plaint pas de la multiplicité des droits réels démembrés : s'il réussit, à une minime différence près, à considérer *un* titulaire comme propriétaire plutôt qu'un autre, il est satisfait, et son effort se borne là. L'influence romaine le pousse seulement à discerner, alors qu'elle aurait pu l'inciter à remembrer. C'est pourquoi nous ne devons pas trop le prendre au sérieux quand il place le droit de propriété sur la tête de quelqu'un : c'est que sa portion de droits réels est la plus grande. Mais ce n'est pas le droit romain de pleine propriété : il sait bien (il en prévient en tête de son *Traité*), que, seul, le domaine de propriété des meubles et des alleux est unique.

Il tient fermement pour la nécessité de la tradition réelle ou feinte à la transmission du domaine de propriété.

Il accorde, cela va de soi, l'action en revendication au vassal et au censitaire, revêtus du domaine utile. Quant au seigneur, que lui alloue-t-il ? Il reconnaît, en citant Cujas, que la revendication des choses incorporelles est anti-romaine, mais il ne peut admettre deux actions en reven-

dication sur la même chose, puisque par égard pour la conception romaine, il n'y étiquette qu'un droit de propriété, et il est obligé de choisir entre deux maux le moindre : le seigneur censier aura l'action en revendication de cette chose incorporelle qu'est pour Pothier le droit de censive, et la solution sera semblable pour le seigneur champartier ou de rente. Observons que sa méthode qui consiste à fixer la propriété sur la fraction la plus forte, actuelle ou future, du pouvoir sur la chose, colore cette fraction très particulièrement ; prenons une terre qu'un seigneur a donnée en fief à son vassal, que le vassal a accensée, que le censitaire a remise en usufruit à un usufruitier qui l'a finalement baillée à ferme ; le pouvoir sur cette terre paraît se répartir entre les mains du seigneur, du vassal, du censitaire, de l'usufruitier et du fermier ; écartons le fermier, dépourvu de droit réel ; il reste la directe du seigneur, celle du vassal qui se complique d'un droit utile vis-à-vis du seigneur, le domaine utile du censitaire, et l'usufruit. Pothier déclare que le censitaire est le propriétaire, et il en sort la conséquence que seul le droit du censitaire se confond avec la terre, qui est sa chose corporelle, et est assorti d'une action en revendication de la terre ; seigneur, vassal et usufruitier n'ont qu'un droit incorporel, et une action en revendication de ce droit. Il arrive ainsi à une unité apparente de propriété.

Pothier confirme qu'il n'est pas nécessaire en droit français d'avoir le domaine direct pour revendiquer une chose, et que le domaine utile suffit ; nous y voyons une marque de malaise. Les exemples qu'il donne sont ceux de l'emphytéote et de l'engagiste¹.

Nous avons signalé aussi qu'il ne considère pas le fief comme une universalité de biens.

Alors qu'il applique le droit de propriété, la revendication et l'usucapion aux choses incorporelles, il restreint la véritable possession aux choses corporelles, par un retour à l'opinion romaine. Aussitôt d'ailleurs il admet que les

1. Pothier varie sur la nature du droit de l'engagiste.

droits sont susceptibles de quasi-possession. Il est hostile, comme les Proculéiens, à la multiplicité des possessions.

Pothier accepte, à l'encontre de du Moulin, la prescription acquisitive entre seigneur et vassal, à un autre titre que l'inféodation, et la prescription qui substitue un seigneur nouveau à l'ancien.

Enfin il permet l'hypothèque des immeubles incorporels, droits réels tels que les droits de fief, censive etc... Il parvient à montrer que le droit réel d'hypothèque sort du droit de propriété — faisceau, dans lequel il est contenu non pas *formaliter*, mais *eminenter*, dans sa consistance.

Nous nous croyons donc autorisé à conclure que la position de Pothier sur la question de la propriété, principalement dans les tenures, laisse apparaître en imbroglie des idées et des expressions romaines et féodales, sans que nous puissions sentir un effort appliqué et soutenu pour opérer un choix ou une synthèse quelconque. Il nous semble que Pothier n'est pas allé au fond des choses, qu'il n'a pas cru devoir aborder de front le problème posé, lui donner une solution et en déduire les conséquences nécessaires dans tous les domaines, ou tout au moins les amorcer ; il lui est apparu sans doute comme impossible de concilier des systèmes dont l'esprit et la technique s'opposaient si vivement.

L'obstacle pouvait provenir en partie, à ses yeux, du respect dû à la législation coutumière et à la jurisprudence ; nous savons qu'il abandonnait facilement les règles du Digeste et du Code pour se rallier aux décisions coutumières¹. Il ne faut cependant pas croire qu'il ait en vue d'éviter de livrer ses pensées personnelles, ou que son attitude résulte de ce fait qu'il compose des ouvrages destinés à la pratique. Nulle part Pothier ne donne l'impression d'enre-

1. « Dans nos provinces qui ne sont pas régies par le droit écrit, et où nous n'empruntons des lois romaines que ce qui nous paraît conforme à la raison » dit-il, avant de rejeter une décision de Justinien, dans son *Appendice au traité du douaire : du droit d'habitation*, n° 18 (t. VI, p. 490). « Nous n'admettons pas dans notre pratique française les subtilités du droit romain », *Du contrat de vente*, n° 386 (t. III, p. 161) ; n° 25 (p. 12). Cf. aussi ce que dit à ce sujet Le Trosne, dans son *Eloge historique de Pothier* (t. II, p. XLVI et XLVII).

gistrer purement et simplement une règle quelconque de droit sans éprouver sa valeur propre. Il fait au contraire constamment une part importante à la discussion théorique, et expose souvent les controverses de doctrine avec des développements qui témoignent de l'intérêt et, à la vérité, de l'ardeur qu'il apporte à cette dialectique particulière. Rappelons-nous également avec quel attachement et quelle révérence il prend en considération, outre la loi naturelle, les données de la conscience, les objections du for intérieur : c'est un trait caractéristique de ce jurisconsulte.

Pothier a dû se trouver définitivement arrêté, à notre sens, dans toute tentative de prendre délibérément parti entre les conceptions romaine et féodale de la propriété foncière parce qu'il ne s'est pas résolu à choisir entre la première qui attaquait la réalité de son temps à contrefil et la seconde qui, persistant dans certaines applications pratiques, avait néanmoins subi des transformations telles, que d'en entreprendre une justification vivante et satisfaisante pour l'esprit et la logique pure devait apparaître comme un travail d'Hercule. Il n'a donc pas accepté l'option ; mais, tout pénétré qu'il est d'un sentiment intime d'impuissance à coordonner deux systèmes antinomiques, il parcourt les matières en répétant de ci de là des expressions romaines, et en laissant jaillir entretemps, la source coutumière ou féodale, avec une indifférence et une insouciance apparentes qui ne manquent pas d'être parfois un peu choquantes. A vrai dire, nous y sentons plutôt de la résignation ; Pothier dénote en cela, nous devons l'avouer, un défaut assez répandu en notre pays. Il aime l'ordre, la méthode, au point d'avoir mené à bien cette tâche écrasante de la classification des textes juridiques romains ; il cherche par dessus tout à être clair, et évite les recherches du style, qu'il préfère alourdir par des répétitions continuelles, plutôt que de construire des propositions élégantes, mais ambiguës ou obscures. Cependant cette heureuse et louable disposition devient périlleuse pour lui sur la question de la propriété : comment dissenter clairement d'une matière que l'on domine

mal¹, et qui se montre rebelle à des conceptions éprouvées ? C'est une gageure qui n'effraie pas trop les Français², quoiqu'ils ne s'en tirent pas toujours bien. Il se peut que la systématisation doctrinale d'un ensemble de règles juridiques en vigueur à un moment donné soit difficile, ou impossible ; au risque de donner un exposé touffu, confus (qui ne serait jamais en somme qu'un fidèle témoignage de la réalité), ne vaut-il pas mieux alors appliquer sa pensée à la complexité des choses, rechercher si elle ne répond pas à un système inaperçu, ou à défaut, de quels systèmes elle se rapproche, comment elle évolue ? Car la clarté abstraite et la simplicité sont tentantes, par conséquent souvent décevantes. Pothier eut de la répugnance à aborder le fond du problème de la propriété foncière, tel qu'il se posait à son époque ; respectueux des lois positives, empêché par suite de faire prévaloir la conception romaine ou féodale, il n'a pas tenté d'élever une théorie coutumière ; il s'est donc mis dans le cas de juxtaposer des principes et des données contradictoires, sans pouvoir sourciller.

Cette ambiguïté montrerait que Pothier serait, à notre avis, un mauvais témoin si l'on voulait prendre en considération ses idées pour étudier le mouvement à son époque. D'ailleurs, n'est-il pas à présumer, dans ces conditions, que la définition romaine de la propriété ait été amenée tout d'une pièce dans notre droit par le Code civil ?

B. — Enseignement qu'on en peut tirer

Puisque, comme nous l'avons montré, Pothier n'a pas de doctrine ferme et cohérente sur le droit de propriété, et se borne à répéter en les alternant des expressions romaines et féodales, les auteurs qui affirment que bien avant la Révolution le droit de propriété avait complètement changé

1. Le vers de Boileau à ce sujet prête à réflexion.

2. Nous sommes parfois sujets, emportés par notre désir d'ordre et de clarté communicative, à contourner l'essence des choses et à nous montrer superficiels, en face de la réalité souvent fort complexe.

de titulaire, la substance en étant passée dans le domaine utile pendant que le domaine direct se fossilisait tout à fait, sollicitent en vain à l'appui de leur thèse le témoignage de Pothier.

Ils en citent surtout le passage où il dit en commençant son *Traité du droit de domaine de propriété*, qu'il ne s'occupera pas du domaine direct, simple domaine de supériorité, droit de se faire reconnaître comme seigneur par le propriétaire. Malheureusement, ainsi que nous croyons l'avoir amplement établi, il n'y a là qu'un scintillement. Pothier est un mauvais, un très mauvais témoin parce que si l'on considère l'ensemble de ses déclarations sur la matière, on n'y trouve que des contradictions incessantes. Si un enseignement peut sortir de l'attitude de Pothier, c'est qu'un certain trouble existe dans l'esprit du jurisconsulte, mais que, si l'on constate des velléités de restauration doctrinale, on n'y sent pas de souffle irrésistible ou simplement violent¹.

Comme nous venons de le dire, il est probable que le retour à la conception romaine unitaire et individualiste du droit de propriété s'est opéré brusquement par l'œuvre révolutionnaire, couronnée par le Code civil², dont la netteté en ce domaine est très grande.

Car enfin Pothier était admirablement en mesure de témoigner favorablement à la nouvelle conception, si elle était déjà si développée qu'on veut bien le dire de son temps. Voilà un homme savant, qui a commencé par consacrer dix-sept années de sa vie à la refonte entière des textes des Pandectes, qui est par conséquent on ne peut plus rompu à la conception et à la technique romaines. Pouvait-il être

1. Pothier est demeuré conservateur d'institutions féodales et coutumières, et obstinément fidèle à certaines règles originaires du droit romain (vente non translatrice du droit de propriété et non impérative de cette translation, fragilité du droit du locataire), qui ont été abandonnées pêle-mêle par le Code civil.

2. Nous ne voulons pas dire que d'autres auteurs n'aient pas fait un réel effort pour revenir à l'unité du droit de propriété, que pouvaient leur suggérer à la fois la complexité un peu rebutante du système féodal-coutumier, et le mouvement de concentration de fait ; mais le droit positif n'enregistrait guère l'évolution, et le cas de Pothier à lui seul maintient un gros point d'interrogation.

mieux préparé à un effort puissant et continu en faveur de celles-ci lorsque plus tard il aborderait l'étude méthodique du droit français, qui constitue en quelque sorte le pendant de son travail sur les recueils de Justinien ? Quelqu'un d'autre était-il susceptible d'être tenté davantage que lui d'entreprendre cette tâche ? Or nous le voyons sans sourciller marier les idées romaines aux idées féodales et coutumières.

Le fait que Pothier est un mauvais témoin est considérable. Son œuvre sur notre législation s'échelonne de 1760 à 1772, c'est-à-dire pendant une période de douze ans, au seuil même de la Révolution ; et cet auteur, fils et petit-fils de magistrat, est lui-même magistrat depuis l'âge de vingt et un ans ; en outre, il est aussi professeur de droit français et jurisconsulte, avec quelle passion ! Nous sommes donc obligé d'accorder le plus grand prix à l'attitude de cet homme qui a partagé son temps entre le prétoire, la chaire, et l'austère réflexion sur les législations antiques et modernes.

Mais alors, dira-t-on, n'est-il pas surprenant que la conception romaine de la propriété ait pu l'emporter si rapidement quelques années après la mort de Pothier ?

Sans poser le regard sur les causes de la Révolution, on peut remarquer qu'elle était préparée par un mouvement philosophique¹ fait d'un mélange d'individualisme, d'étatisme, de scepticisme, de raisonnements abstraits, et d'hyper-trophie sentimentale. Ce terrain laissait la voie libre à tous les projets. Le mouvement était développé dans les hautes couches de la société : noblesse de cour, grands bourgeois, et gens de lettres. Le système féodal ne pesait que sur les gens des campagnes, qui étaient plus sensibles à ce qu'il avait d'onéreux pour eux qu'à ce qu'il avait d'honorifique pour le seigneur noble ou bourgeois. Or nous savons qu'au XVIII^e siècle, il s'est manifesté un réveil des droits seigneuriaux tombés en sommeil, et que la perception du produit utile

1. Cf. Mornet, *Les origines intellectuelles de la Révolution française* (1715-1787), Paris, 1933.

des directes s'est faite plus attentive et rigoureuse, de véritables érudits ayant par surcroît apporté aux seigneurs l'aide de leurs connaissances sur les anciens titres et de leur science de feudistes. La dépréciation des monnaies, les dépenses faites à la cour ou au service du roi poussaient les seigneurs à ne négliger aucune recette. Or les tenanciers des terres les cultivaient héréditairement depuis des siècles et perdaient de vue tout naturellement la source des droits annuels ou casuels qu'on exigeait d'eux, par l'intermédiaire le plus souvent d'intendants ou de fermiers peu amènes ; on ne doit donc pas s'étonner que tous ces tenanciers, extrêmement nombreux en France à la fin du XVIII^e siècle¹, aient désiré vivement la disparition des droits féodaux. L'ouvrage de Boncerf, premier commis de Turgot, sur les inconvénients des droits féodaux, publié anonymement à Londres en 1776, montre que cet état de choses n'était pas ignoré du gouvernement ; il proposait le rachat des droits féodaux². Necker, qui succéda à Turgot en 1776, succomba en 1781 devant les mêmes opposants. Rappelé en 1788, il affirme cette fois dans son rapport au roi qu'« il n'entrera jamais dans l'esprit du Tiers-Etat de chercher à diminuer les prérogatives seigneuriales ou honorifiques qui distinguent les deux premiers ordres dans leurs propriétés et dans leurs personnes ».

Le 5 mai 1789, date d'ouverture des Etats Généraux, les aspirations de beaucoup de Français étaient exprimées dans les cahiers des paroisses et des bailliages ; les premiers contenaient surtout des doléances sur les droits féodaux ; les seconds les résumaient assez mal : rédigés par des bour-

1. Arthur Young, économiste et agronome anglais, donna en 1790-1794 la relation de son *Voyage en France*, commencé en 1787, qui lui permit de constater le grand morcellement du sol à cette époque. M. Henri Sée vient d'en donner une traduction critique, Paris, Colin, 1931, 3 vol. in-8°.

2. Ce livre fut brûlé en bas de l'escalier du Palais, sur l'ordre du parlement. Il atteignit trente éditions. On aurait pu effectivement concevoir un rachat des domaines directs, pour cause d'utilité publique, moyennant une indemnité payée par les bénéficiaires (en plusieurs annuités au besoin). Ce rachat avait été pratiqué en certains cas (distraction de mouvances en cas d'érection de fiefs de dignité, acquisitions des mains-mortes, distraction de justice). Cf. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, t. II, p. 329 à 336.

geois dont une bonne partie étaient soit titulaires de ces mêmes droits¹ soit hommes de loi tirant ressource de la complexité du régime foncier, ils édulcoraient les plaintes des tenanciers, et tendaient par contre à des réformes politiques assez indifférentes aux agriculteurs. Cependant, les nouvelles idées, plus philosophiques que positives, ne pouvaient s'épanouir dans la pure abstraction ; le mouvement anti-féodal devait leur procurer un terre-plein où la manœuvre serait facilitée lorsque les votes se feraient par tête et non par ordre.

Le 23 juin, le roi déclara ses intentions à l'Assemblée Nationale et tenta de placer la question hors de discussion : « Toutes les propriétés, sans exception, seront constamment respectées ; et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriété, les dîmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux, et généralement tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques attachés aux terres et aux fiefs, ou appartenant aux personnes »². Après cette affirmation énergique, il est facile de mesurer la difficile et fausse situation qu'allait être celle du roi lorsque les membres de l'Assemblée Constituante effrayés des émeutes qui suivirent le 14 juillet en province³, sacrifièrent pendant la nuit du 4 août les mêmes droits, malgré les efforts de Target et de Dupont de Nemours, sous l'impression des discours emphatiques et grandiloquents du vicomte de Noailles, du duc d'Aiguillon et de Le Guen. Les esprits étaient à ce point pénétrés et subjugués par la mystique en vogue, que les plus grands représentants de la noblesse abdiquaient, à la première amorce d'entreprise de fait contre la féodalité, des droits séculaires, auxquels le monarque n'aurait pu apporter la plus légère retouche sans provoquer leurs cris perçants⁴. Pointilleux, rebelles à toute évolution

1. Championnière remarque que le vilain « souvent avait plus perdu que gagné à passer des mains d'un seigneur noble de race dans celles d'un seigneur bourgeois ou anobli », *De la propriété des eaux courantes*, Paris, 1846, p. 707.

2. *Histoire parlementaire de Buchez et Roux*, t. II, p. 17.

3. Cf. Lefebvre, *La grande peur de 1789*, Paris, 1932, in-8°.

4. Il ne nous appartient pas de porter une appréciation sur la légitimité des doléances, et sur l'opportunité de la réforme totale du régime de la pro-

puisant sa source en haut, ils ouvraient la Révolution en sanctionnant au faite de l'Etat l'action de « l'espèce de ligue » qui s'était formée, selon la propre expression du duc d'Aiguillon à la tribune, « pour détruire les châteaux, pour ravager les terres, et surtout pour s'emparer des chartriers où les titres des propriétés féodales sont en dépôt »¹. Les décisions de l'Assemblée furent formulées dans le décret du 11 août qui abolit purement et simplement les droits féodaux et censuels tenant à la main morte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle, et déclare les autres rachetables², ainsi que les rentes foncières perpétuelles et les champarts³. Comme l'article 1^{er} le dit, avec exagération, « l'Assemblée Nationale détruit entièrement le régime féodal ». Le roi était ainsi contredit et trahi dans ses intentions par ceux-là mêmes qu'il désirait protéger. Il donna le 21 septembre seulement sa signature à ce décret, qui ne fut promulgué que le 3 novembre⁴.

Le 12 août, l'Assemblée avait créé dans son sein un comité de féodalité, car il restait à appliquer le principe posé, à discriminer les droits abolis des droits rachetables et à fixer les conditions du rachat. Ce n'était pas une mince

priété foncière ; c'est une question politique et sociale. Mais cette réforme, du point de vue juridique, pouvait s'accomplir graduellement ; est-il nécessaire de citer l'exemple de l'Angleterre, où la féodalité s'est éteinte tout doucement ? Une sage transformation aurait exigé une autorité consciente d'elle-même et respectée, et évité une rupture brutale. Le dernier droit féodal sur le *freehold* (droit de retour en cas de déshérence, peu gênant) a été aboli en 1925 ; le rachat des *copyholds* a été décidé en 1922 et a été terminé en 1936. Au Canada, le rachat des droits seigneuriaux (tenures féodales françaises) s'opéra de 1854 à 1862, sans secousse ; cf. R. Besnier, *Le régime des tenures en droit canadien français*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1935, p. 746.

Robert Beudant, *La transformation de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, Paris, 1889, p. 125 et suiv. a recherché pourquoi la haine de la féodalité a éclaté en France plutôt qu'en Allemagne ou en Angleterre où la féodalité était demeurée plus intacte et oppressive.

1. Citation extraite de Laferrière, *Essai sur l'histoire du droit français*, 2^e éd., Paris, 1859, t. II, p. 87.

2. Art. 1.

3. Art. 6. Voir Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Rente foncière*, 5^e éd., t. XXVIII, p. 286 et suiv.

4. M. Sagnac, dans son ouvrage sur *La législation civile de la Révolution française*, Paris, 1898, expose les embarras et la résistance du roi (p. 91 à 96).

opération. Rappelons qu'un autre décret, du 26 août, déclare que les propriétés sont « un droit inviolable et sacré »¹.

Pendant l'hiver 1789-1790 les paysans dans bien des provinces renchérirent sur leurs exigences, ainsi qu'il fallait s'y attendre, et poussèrent plus à fond leurs entreprises, appuyés maintenant sur des textes légaux : l'insurrection ne paraissait plus qu'une anticipation puisque l'initiative partie d'en bas avait du premier coup obtenu gain de cause à la Constituante et fait échec aux intentions du Trône.

Le 8 février 1790, Merlin, dont l'activité se montra prépondérante dans le comité de féodalité, déposa son rapport, qui interprétait les dispositions abolitives, en les transformant ; il s'agissait de considérer comme supprimés les droits résultant de la féodalité dominante (par usurpation de la souveraineté) et comme rachetables les droits prenant leur source dans la féodalité contractante², la présomption aidant puisque beaucoup de titres se trouvaient déjà perdus ou brûlés. Le décret du 15 mars 1790 entérina ce principe, et les redevances seigneuriales utiles déchurent au rang de charges réelles rachetables ; le domaine direct se réduisit à un simple droit réel foncier civil *in re aliena*. Le 3 mai 1790, un nouveau décret³ établit le taux de rachat, dont une part appartenait au seigneur, et d'autres parts dédommageaient les seigneurs suzerains en remontant les directes des mouvances successives. Le décret du 18 décembre 1790, régla le rachat des rentes foncières et de la locatairie perpétuelle⁴, et celui du 7 juin 1791 le bail breton à domaine congéable.

Naturellement ces décrets furent débordés dans leur application par les tenanciers, qui se souciaient peu, sans

1. Art. 17. C'est la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

2. M. Sagnac, *op. cit.*, p. 97 note 3, fait remarquer que les termes de « féodalité dominante » et de « féodalité contractante », reproduits depuis Laferrière n'ont pas été employés par les législateurs révolutionnaires. Merlin ne parle que de droits usurpés et de droits légitimes, ou de droits personnels et de droits réels.

3. Préparé par Tronchet.

4. Merlin et Tronchet soutenaient que la perpétuité des baux était le signe caractéristique du transfert de propriété.

doute parce qu'ils n'en avaient guère les moyens, d'opérer le rachat permis et préféraient cesser de payer les redevances. L'Assemblée, effrayée par son œuvre et l'extension qu'on essayait de lui donner, émit le 15 juin 1791, avant de disparaître, une instruction dans laquelle elle exprime le vœu que les citoyens « rentrent dans le devoir, et rendent à la propriété l'hommage qu'ils lui doivent »¹. Après avoir jeté de l'huile sur le feu, elle y ajoutait un peu d'eau, et elle s'en allait.

Le 24 octobre 1791², l'Assemblée Législative forma un nouveau comité de la féodalité. Le travail anti-féodal continua ; le 18 juin 1792 un décret abolit sans indemnité, *sauf reproduction du titre primitif*, tous les droits casuels de fief ou de censive ; le 25 août³ cette décision fut étendue aux droits fixes, et le 27 août au domaine congéable⁴.

La Convention mit le point final, par son décret du 17 juillet 1793, qui édicte que « toutes redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, fixes et casuels, même ceux conservés par le décret du 25 août dernier, sont supprimés sans indemnité »⁵. La production du titre primitif devient donc elle-même inefficace ; mais, probablement mal assurée de l'avenir, la Convention oblige « les ci-devant seigneurs, les feudistes, commissaires à terrier, notaires et autres dépositaires » à remettre les titres rescapés aux municipalités, pour les brûler⁶, sous peine de cinq années de fer.

1. Les 13, 16, 18 juillet et 3, 5 août 1790 elle avait pris des dispositions contre ceux qui s'opposaient au paiement des dîmes, champarts et autres droits fonciers ci-devant seigneuriaux. On saisit bien là le divorce entre la mentalité des Constituants et l'aspiration des campagnards : qu'importait à ceux-ci de payer les mêmes droits comme ci-devant seigneuriaux au lieu de les acquitter comme seigneuriaux ? L'homme de la terre ne se paie pas de mots.

2. La déclaration du 6 octobre 1791 (Code rural) annonçait solennellement que « le territoire de la France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent ». Art. 1.

3. Décret du 25 août 1792, art. 2 et 5.

4. Dans le vocabulaire de l'époque on entendit par droits féodaux non seulement ceux dérivant du contrat de fief, mais aussi, en un sens plus large, tous ceux se trouvant entre les mains des seigneurs.

5. Art. 1.

6. Art. 6.

C'est sur cet embrasement que se termine le démantèlement de la construction féodale de la propriété foncière.

Sous le Directoire, on ne constate que la mise au point et l'affermissement des mesures précédentes¹. Sous le Consulat, le terrain était entièrement déblayé, et Bonaparte Premier Consul, présidant à l'élaboration du *Code civil des Français*, restaurait la propriété unitaire, absolutiste et individualiste des Romains. Grâce à son génie politique, il saisit bien le ferme appui qu'il trouverait auprès de tous les bénéficiaires du nouveau régime de la propriété foncière, qui allait lui faciliter la substitution après un interrègne de quinze ans, d'une monarchie héréditaire nouvelle à celle des Capétiens, dont elle différerait pratiquement par un certain renouvellement de personnel, accompagné de la consolidation des bénéfices acquis par les multiples tenants². Son habileté fut de donner aux Français un gouvernement apaisant, qui ménageait les idées de la fin du siècle, stabilisait les situations et les propriétés³. La plupart ne pouvaient plus raisonnablement rien attendre de nouveaux spasmes révolutionnaires, et avaient à craindre du rétablissement de l'ancienne monarchie⁴.

Reproduisons les dispositions fondamentales du Code civil sur notre matière :

Art. 543 : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de

1. Les baux à vie et à longues années tombèrent au rang de simples locations ; pour le bail emphytéotique temporaire il y eût discussion sur le point de savoir à qui allait la propriété, au bailleur ou à l'emphytéote. S'il y eût une réaction quant au domaine congéable (loi du 9 brumaire an VI, rétablissant le décret du 7 juin 1791), la loi du 11 brumaire an VII (1^{er} novembre 1798) mobilisa les rentes foncières.

2. « Nous avons respecté dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles, toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique ». *Discours préliminaire de Portalis, Tronchet, Bigot Prémeneu et Maleville, sur le Projet de Code civil* présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an VIII, Imprimerie de la République ventôse an IX, p. XXVI.

3. Et les acquisitions des biens nationaux, payés en assignats dépréciés.

4. « Ebranler le nouveau régime foncier, c'eût été ruiner la Révolution elle-même et préparer la restauration de l'ancien régime social et politique. La crainte du retour à l'ancien état de choses fit la force du gouvernement de brumaire. Elle réunit tous les citoyens patriotes, tous les propriétaires, autour de Bonaparte. Comme la peur chez les anciens, elle créa un dieu, un sauveur », Sagnac, *op. cit.*, p. 343.

propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ».

Art. 544 : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »¹.

L'art. 543 consacre le retour au droit romain, en réduisant les droits réels autres que le droit de propriété aux servitudes personnelles et réelles.

L'art. 544 donne de la propriété une définition outrée ; l'absolutisme, bizarrement porté au superlatif, de la manière dont on peut jouir et disposer de la chose, se heurte aussitôt aux lois et règlements. Le style de cet article ne s'explique que par l'intention d'effacer entièrement l'ancien régime foncier, d'exprimer en même temps le triomphe de l'individualisme jacobin.

La plénitude du pouvoir sur la chose que le Code attache à la propriété devient gênante pour l'esprit lorsque la propriété est démembrée ; les dispositions du Code sur les servitudes personnelles et réelles montrent qu'il en fait plutôt des charges et des entraves de la propriété. Mais tout de même c'est une propriété qui n'est plus absolue, il s'en faut ; le super-absolutisme de l'article 544 se trouve affaibli par cette propriété mineure, et perd le caractère d'essentiel. Pothier n'était pas tombé en ce travers ; nous savons que son idée dominante² à ce sujet était celle d'un droit de propriété constituant le véritable faisceau des droits réels ; si l'un de ceux-ci vient à se détacher, son titulaire l'exerce comme une part de la propriété, sur la chose qui lui appartient en quelque sorte à cet égard ; si le précédent propriétaire voit son droit amoindri, démembré, il conserve néanmoins nominalement le droit de propriété, tant qu'il en a dans sa main la portion principale. Autrement dit,

1. La correspondance apparaît avec la définition de la liberté donnée par la Constituante. « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. 5). On y retrouve le même aspect négatif.

2. Quoiqu'intermittente.

le titre de propriété est indivisible, mais non son contenu. La plupart des auteurs postérieurs au Code civil ont préféré incorporer à nouveau les droits réels dans la propriété, en en donnant une définition commune ; M. Grandclaude ne pense pas que celle-ci soit en contradiction avec le Code civil, mais la considère comme mal adaptée et y voit le signe d'un système un peu différent : « Je crois que quand ils donnent une définition du droit de propriété, ils pensent que ce droit de propriété est une addition de droits réels, tandis que le Code civil, au lieu d'en faire comme une addition de droits réels en fait quelque chose de si total et de si exclusif que la propriété s'oppose au droit réel »¹.

Observons-le, la considération que le droit de propriété est un ensemble de droits sur la chose écarte la distinction peu sage des choses corporelles et incorporelles ; il y a des choses, et des droits, et il est déraisonnable de dire que le droit de propriété est une chose corporelle.

Quant à l'emphytéose, le Code n'en dit mot ; il fait du droit du preneur à bail, même de longue durée, un droit de créance² ; la rente foncière a été mobilisée, et la loi du 30 ventôse an VII (21 mars 1804) qui réunit en un seul corps de loi, sous le titre de *Code civil des Français*, les lois civiles successivement parues depuis le 14 ventôse an XI (5 mars 1803), leur ajouta un seul article³ décidant que la rente perpétuelle créée à l'occasion de la vente d'un immeuble est essentiellement rachetable.

Il nous paraît difficile de méconnaître, dirons-nous pour

1. *Cours de doctorat 1933-1934 sur l'histoire de la propriété foncière*, p. 13. M. Grandclaude montre en outre que la définition du code est outrancière par rapport aux deux principaux systèmes de légitimation de la propriété : par l'utilité économique, et par la conformité à la nature humaine. Comment admettre que le propriétaire puisse détruire la chose, ou la laisser improductive ?

2. Quelques auteurs (Troplong, Toullier) ont tenté d'attribuer au locataire un droit réel, en s'appuyant sur l'art. 1743, qui lui donne un *jus adversus emptorem*. Mais il y a plutôt là une subrogation légale ; il n'y a pas de *jus adversus omnes*, ni d'action confessoire (usufruitier).

3. Art. 530. Les discussions au Conseil d'Etat, qui ont abouti à la suppression de la rente foncière, ont été menées surtout par Tronchet et Portalis ; elles sont rapportées par Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, t. XI, p. 56, 68, 69, 70, 73 et suiv.

terminer, qu'il y a du vrai dans cette appréciation de Taine sur l'œuvre révolutionnaire : « Quels que soient les grands noms, liberté, égalité, fraternité, dont la Révolution se décore, elle est par essence une translation de la propriété : en cela consiste son support intime, sa force permanente, son moteur premier et son sens historique »¹.

La propriété a été remembrée complètement sur la tête des tenanciers². Les assemblées ont fait du domaine utile, chargé malgré tout de charges réelles importantes, un domaine complet, sans partage. La translation fut accomplie, enregistrée officiellement, le domaine direct anéanti d'une façon éclatante, définitive et le domaine utile allégé de ses charges.

Merlin, dans son rapport sur le décret du 15 mars 1790 constate que les fiefs « ont cessé d'être des fiefs et sont devenus de véritables alleux »³.

Championnière écrit que « La loi de 1793, en déclarant tous les droits féodaux ou censuels supprimés sans indemnité, n'a fait que supposer les droits rachetés en dispensant l'acquéreur de les payer. La faculté accordée par la loi de 1789, aux vassaux et censitaires d'acquérir *une propriété qu'ils n'avaient pas* (rapport de Tronchet), a été remplacée par l'attribution directe, immédiate et gratuite de cette même propriété »⁴. Le même auteur constate aussi qu'« en définitive, le domaine utile n'était lui-même qu'une possession précaire devenue plus intense par l'effet de sa longue durée. Le système qui lui attribuait le caractère d'*élément* de propriété, et de *portion principale* était récent, et même, à l'égard des fiefs, était encore nouveau à l'époque de la

1. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, t. II (1878), p. 386.

2. La propriété qui avait avant 1789 la qualité de pleine et entière n'a pas été touchée : le seigneur suzerain qui avait gardé un bien dans son domaine personnel, l'alleutier, ne retirèrent ni profit ni préjudice dans leur droit foncier des lois abolitives de la féodalité, non plus que le simple locataire ou fermier dans sa jouissance. Mais la majeure partie du territoire était soumise à un double ou multiple domaine par les inféodations, les accensements, les longues tenures, les concessions variées des Coutumes, ou à une propriété démembrée par les baux à rente foncière.

3. *Nouveau répertoire*, V^o Féodalité, al. 6.

4. *De la propriété des eaux courantes*, Paris, 1846, p. 721.

Révolution. Aussi la législation et la jurisprudence ont tranché la question beaucoup plus qu'elles ne l'ont véritablement décidée »¹.

La conquête de la propriété par les tenanciers et l'appui vigoureux donné par ceux-ci aux nouveaux régimes, sans autre souci constitutionnel que le maintien des droits acquis, sont liés comme la cause et l'effet. L'effet à lui seul ferait présumer de la cause. Nous avons noté le parti que Bonaparte avait su tirer de la perspective de sécurité qu'il offrait aux récents propriétaires, inquiets de l'avenir. Le *Code civil des Français*, terminé en 1804, l'année même où le Sénat proclamait Napoléon Bonaparte empereur héréditaire, et devenu Code Napoléon en 1807, était pour eux la plus précieuse des garanties : il apportait la doctrine tutélaire du nouvel état de la propriété foncière.

Garsonnet perçoit bien l'importance de ce facteur : « il est certain que, d'un seul coup, la Révolution a gagné à sa cause tous ceux à qui elle donnait la terre, si chère de tout temps au paysan français : petits propriétaires affranchis des charges féodales, fermiers parvenus à la propriété, acquéreurs de biens nationaux, tous sont devenus les serviteurs passionnés et les défenseurs intéressés des nouveaux principes. Il y a de cela près d'un siècle, et maintenant encore il n'y a pas de sentiment plus vivace ni plus irritable que la haine des droits féodaux et la crainte, même puérile, de les voir renaître »².

1. P. 724. Il écrit également que « malgré les efforts des derniers feudistes, le domaine utile fut toujours la portion la plus faible de la propriété dans les censives », p. 270.

2. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris, 1878, p. 535 et 536. M. Sagnac, *op. cit.*, p. 152, écrit : « L'Assemblée Législative et la Convention, sentant bien que le rachat irait à l'encontre de leurs projets, supprimèrent tous les droits sans indemnité, et transfèrent au tenancier par le seul effet de la loi la propriété libre et absolue. Ce fut la révolution la plus radicale que l'on eût vue en France depuis mille ans ». La liquidation des propriétés corporatives, biens du domaine royal, du clergé, des hôpitaux, hospices, collèges, des émigrés compléta le mouvement foncier ; ces terres ne furent d'ailleurs pas distribuées entre les laboureurs et sans-culottes, mais vendues aux enchères aux capitalistes et spéculateurs. La philanthropie passait après les besoins d'argent de la République. « Ce sont les riches, les industriels, les négociants, les députés, les fonctionnaires, qui accaparent les domaines nationaux les plus considérables ». Sagnac, p. 187 (cet auteur juge cependant favorable l'œuvre révolutionnaire).

Nous avons conclu, de notre étude de Pothier, qu'il est un mauvais témoin, esquivant le fond du débat, et sujet à variation et à trouble. Faisant état de la personnalité de Pothier, nous présumons qu'à la veille de la Révolution, la propriété est, non seulement gênée, mais encore dans un état mal concevable. Il y a de-ci de-là des tentatives des auteurs pour couvrir le pouvoir de fait sur la chose du plein pouvoir de droit. Et la propriété doit hanter l'esprit des tenanciers. La translation de tout le domaine suggérée par les faits, envisagée parfois par les juristes, désirée par les possesseurs des terres nourricières (et aimées aussi¹), n'est pas accomplie.

Les pouvoirs publics termineront la mutation de la propriété, lui donneront la sanction solennelle de la loi, et investiront le nouveau titulaire du droit absolu, du *dominium* romain, avec le Code civil².

1. Ce n'est pas uniquement le vil intérêt qui fait que le possesseur de la terre en convoite la propriété. Souvent le paysan a une sorte d'affection pour la terre, et même d'affection jalouse.

2. De Tocqueville, qui a de si hautes vues, approche de Taine : « En achevant d'abattre la féodalité, la Révolution s'est fait apercevoir : elle a touché pour ainsi dire, à tous les points sensibles de l'intérêt particulier ». *L'Ancien régime et la Révolution*, p. 350. Rappelons aussi ce que nous avons dit de l'offensive au XVIII^e siècle des titulaires de droits seigneuriaux.

Vu : le Doyen,
E. ALLIX.

Vu : le Président de la Thèse,
GRANDCLAUDE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

AUTEURS CONSULTÉS

A. ANCIENS ¹

- ABLEIGES (Jacques d'). — *Grand Coutumier de France* (fin du xiv^e siècle), édition Dareste et Laboulaye, Paris, Durand, 1868, in-8°.
- AGUESSEAU (d'). — *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, publiées par Pardessus en 1819, 16 vol. in-8°.
- ALCIAT. — *Commentarii in Digesta*, éd. Opera omnia, Bâle 1582, 5 vol. in-f°.
- ARGENTRÉ (Bertrand d'). — *Commentarii in patrias Britonum leges*, éd. Nicolas Buon, Paris, 1621, in-f°.
- BACQUET. — *Traité du droit de deshérence*, œuvres, éd. Lyon, 1744.
- BARTOLE. — *Commentaria in Digesta*, etc... Bâle, 1562, 5 vol.
- BEAUMANOIR. — *La Coutume de Beauvoisis*, éd. Beugnot, Paris, 1842.
- BODIN (Jean). — *Six livres de la République*, Paris, 1576, in-f°.
- BOSQUET. — *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, Rouen, 1762, 3 vol. in-4°.
- BOUHIER. — *Les Coutumes du duché de Bourgogne*, Dijon, 1742 et 1746, 2 vol. in-f°.
- BOUTARIC. — *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales*, Toulouse, 1741, in-4°.
- BOUTILLIER. — *Somme rural*, éd. Charondas le Caron, Paris, 1603, in-4°.
- BRODEAU (J.). — *Commentaires sur la Coutume de Paris*, Paris, 1658, 1669, 2 vol. in-f°.
- BRUSSEL. — *Nouvel examen de l'usage général des fiefs en France pendant les XI, XII, XIII et XIV^e siècles*, Paris, 1727 et 1750, 2 vol. in-4°.
- CASENEUVE (de). — *Le franc-alleu de la province de Languedoc*, Toulouse, 1645, in-f°.
- CHANTEREAU LE FÈVRE. — *Traité des fiefs et de leur origine*, Paris, 1662, in-f°.
- COQUILLE. — *Œuvres*, Bordeaux, 1703, 2 vol. in-f°.
- DESPEISSES. — *Des droits seigneuriaux. Œuvres complètes*, Lyon, 1750, 3 vol. in-f°.

1. Citons pour mémoire les recueils de Justinien, les Libri feudorum, les Etablissements de Saint-Louis, le Formulaire de Marculfe ; les ouvrages de Hostiensis, Du Moulin, Cujas, Doneau, Denisart ; la collection des ordonnances du Louvre (de Laurière), le Recueil général des anciennes lois françaises (Isambert), le Répertoire de Merlin, etc...

- DUPLESSIS. — *Traité sur la Coutume de Paris*, avec des notes de Berroyer et de Laurière, Paris, 1754, 2 vol. in-f°.
- DUPONT (Denis). — *In consuetudines Blesenses commentarii*, Paris, 1677 in-f°.
- FERRIÈRE (C. J.). — *Nouvelle introduction à la pratique et dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1729, 2 vol. in-12, et 1734, 2 vol. in-4°.
- FERRIÈRE (C. de). — *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la Coutume de Paris*, Paris, 1714, 4 vol. in-f°.
- FOURRÉ. — *Commentaires sur la Coutume de Blois*, 1777, 2 vol. in-4°.
- GALLAND. — *Traité du franc-alleu et origine des droits seigneuriaux*, Paris, 1637, in-4°.
- GUYOT. — *Traité des matières féodales*, Paris, 1738 et suiv. 7 vol. in-4° (rééd. en 1768).
- HENRION DE PANSEY. — *Traité des fiefs de du Moulin, analysé et conféré avec les autres feudistes*, Paris, 1773, in-4°.
- *Dissertations féodales*, Paris, 1789, 2 vol. in-4°.
- HERVÉ. — *Théorie des matières féodales et censuelles*, Paris, 1785 et suiv., 8 vol. in-12 (dont six parus au moment de la Révolution).
- HÉVIN. — *Questions concernant les matières féodales sur la Coutume de Bretagne*, etc..., Rennes, 1736, in-4°.
- LA POIX DE FRÉMINVILLE. — *La pratique universelle pour la rénovation des terriers et des droits seigneuriaux*, Paris, 1746, in-4°.
- LE GRAND. — *Sur la Coutume de Troyes*, Paris, 1661.
- LE MAISTRE. — *La Coutume de Paris, rédigée dans l'ordre naturel de la disposition de ses articles*, Paris, 1741, in-f°.
- LE PRESTRE. — *Questions notables de droit, décidées par arrêts de la Cour du parlement de Paris*, Paris, 1679, in-f°.
- LOUIS XIV. — *Œuvres. Mémoires historiques et instructions de Louis XIV pour le Dauphin*, Paris, 1806.
- LOYSEAU. — *Traité des seigneuries*, Lyon, 1701, in-f°.
- LOYSEL. — *Les Institutes Coutumières* (1608), éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, 2 vol. in-12.
- POCQUET DE LIVONNIÈRE. — *Traité des fiefs*, 2^e éd., 1733, in-4°.
- PREUDHOMME. — *Traité des droits appartenans aux seigneurs sur les biens possédés en roture*, Paris, 1781, in-4°.
- RAGUEAU. — *Glossaire du droit français*, éd. de Laurière, Paris, 1704, 2 vol. in-4°.
- SALVAING (D. de). — *Traité de l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*, Grenoble, 1668, in-f°.
- YOUNG (Arthur). — *Voyage en France*, traduction Henri Sée, Paris, Colin, 1931, 3 vol. in-8°.

B. MODERNES ¹

- ALAUZET. — *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, 1849.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 4^e éd., Marchal et Billard, Paris, 1869-1878, 8 vol. in-8°.

1. Citons pour mémoire les ouvrages de Declareuil, Flach, Glasson, Viollet, etc...

- BERRIAT SAINT-PRIX. — *Manuel de logique juridique*, 4^e éd., Plon, Paris, 1924, un vol. in-32.
- BESNIER (R.). — *Le régime des tenures en droit canadien français*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1935, p. 746 et suiv.
- BEUDANT (R.). — *La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, Paris, 1889.
- BOISTEL. — *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, 2 vol. in-8°.
- BONFANTE. — *Histoire du droit romain*, trad. Carrère, Paris, 1928.
- BRISSAUD. — *Manuel d'histoire du droit privé (français)*, Fontemoing, Paris, 1908, in-8°.
- BUCHEZ et ROUX. — *Histoire parlementaire*.
- CAMUS et DUPIN. — *Lettres sur la profession d'avocat*, Paris, 4^e éd. 1818, 2 vol. in-8°.
- CHAMPEAUX (E.). — *Essai sur la vestitura ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, Paris, Fontemoing, 1898, in-8°.
- *Nouvelles théories sur les justices du moyen âge*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1935, p. 101 et suiv.
- CHAMPIONNIÈRE. — *De la propriété des eaux courantes*, Paris, 1846, in-8°.
- CHÉNON. — *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, Paris, Larose et Forcel, 1881, in-8°.
- *Etude sur l'histoire des alleux en France*, 1888.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.). — *Cours de droit civil français*, 7^e éd., 1932.
- COSTE-FLORET. — *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*, Paris, Sirey, 1935.
- DALLOZ. — *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. XXXVIII (1857), aux mots : *propriété féodale*, p. 325 à 440.
- DONIOL. — *La Révolution française et la féodalité*, 2^e éd., Paris, Guillaumin, 1876, in-8°.
- DUMAS. — *Encore la question « fidèles ou vassaux »*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1921, p. 221 à 226 et *Le serment de fidélité et la conception du pouvoir du I^{er} au IX^e siècle*, *ib.*, 1931, p. 30 à 51, p. 289 à 321.
- ESMEIN (A.). — *Histoire du droit français*, Paris, Sirey, 1912, in-8°.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, 15 vol. in-8°.
- GARSONNET. — *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Paris, Larose, 1878, in-8°.
- GRANDCLAUDE. — *Cours de doctorat 1933-1934 à la Faculté de Droit de Paris sur L'histoire de la propriété foncière dans notre ancien droit*.
- GUILHIERMOZ. — *Essai sur l'origine de la noblesse en France*, Paris, 1902.
- HEUSLER. — *Die Gewere*, 1872 (cf. c.r. de Lefort, *Revue historique de droit français et étranger*, 1877, p. 345).
- LABOULAYE. — *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, 1839, in-8°.
- LABROUSSE. — *Esquisse du mouvement des prix et des revenus en France au XVIII^e siècle*, 2 vol. in-8°, Paris, 1933.
- LAFERRIÈRE. — *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, Paris, 1847-1858, 6 vol. et *Essai sur l'histoire du droit français*, 2^e éd., Paris, 1859, 2 vol. in-12.

- LANDSBERG. — *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre von Eigenthum*, Leipzig, 1883.
- LAVELEYE (de). — *La propriété et ses formes primitives*, Paris, 1874.
- LEFEBVRE. — *La grande peur de 1789*, Paris, 1932, in-8°.
- LEFORT. — *Histoire des contrats de location perpétuelle*, Paris, 1875, in-8°.
- LE HALLEUR (Pépin). — *Histoire de l'emphytéose*, Paris, Joubert, 1843, in-8°.
- LOT (F.). — *La fin du monde antique et le début du moyen âge. Les invasions des Barbares*, Paris, La Renaissance du Livre, 1927.
- MASSON (P.). — *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1934, p. 1 et suiv., p. 161 et suiv.
- *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les Romanistes du moyen âge et dans le droit français*, Dijon, 1933, in-8°.
- MEYNIAL. — *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé*, dans les *Mélanges Fitting*, 1908, t. II, p. 409 et suiv.
- MORNET. — *Les origines intellectuelles de la Révolution française (1715-1787)*, Paris, 1933.
- OLIVIER-MARTIN. — *Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, Leroux, t. I, 1922, t. II, 1926 et 1930, gr. in-8°.
- PORTALIS, TRONCHET, BIGOT PRÉAMENEU et MALEVILLE. — *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, Imprimerie de la République, ventôse an IX, in-8°.
- REGNAULT (H.). — *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau. Les donations et l'ordonnance de 1731*. Paris, Sirey, 1929, in-8°.
- RICHARDOT. — *Le fief roturier à Toulouse aux XII^e et XIII^e siècles*, *Revue histoire de droit français et étranger*, 1935, p. 307-359 et p. 495-569.
- SAGNAC (P.). — *La législation civile de la Révolution française*, Paris, 1898, in-8°.
- SECRÉTAN. — *Essai sur la féodalité*, Lausanne, 1858.
- TAINE. — *Les origines de la France contemporaine*, Paris, Hachette, 1877 et suiv. 6 vol. in-8°.
- TOCQUEVILLE. — *L'ancien régime et la révolution*, 8^e éd., Paris, Calmann-Lévy, 1877, in-8°.
-

TABLE DES MATIERES

Notice sur Pothier	3
INTRODUCTION	13
PREMIÈRE PARTIE	
LE PROBLÈME POSÉ DEVANT POTHIER	15
Préambule	17
A. La conception romaine	20
B. Le système féodal primitif	30
C. Complication pratique de notre régime foncier ancien	36
I. Evolution du régime féodal	36
1° Première période (correspondant à peu près au règne des Capétiens directs)	36
2° Seconde période (règnes des Valois et des Bourbons)	38
II. Survivance de la propriété et des amodiations romaines	41
1° L'alleu	41
2° L'emphytéose et le bail à rente (foncière)	46
III. Diversité des droits réels	47
Appendice : des justices seigneuriales	48
D. L'effort de construction doctrinale	53
I. Le système des deux domaines	53
II. La saisine	69
SECONDE PARTIE	
RECHERCHE DE LA POSITION PRISE PAR POTHIER	75
Préambule	77
CHAPITRE I. — L'alleu	79

CHAPITRE II. — Le fief	87
A. Définition	87
B. Essence et nature du fief	89
C. Attributs du domaine direct	97
1. La foi et hommage	97
2. La saisie féodale faite d'homme	99
3. Le droit de commise	103
4. Le dénombrement et la saisie faite de dénombrement,	107
5. Le profit de vente ou de quint	108
6. Le profit de rachat (ou de relief)	111
7. Le retrait féodal	114
8. Le droit de chasse	116
D. Attributs du domaine utile	116
1. Le démembrement	117
2. Le jeu de fief	118
3. La réunion des fiefs	126
4. La déloyauté du seigneur	127
CHAPITRE III. — La censive et le champart	129
A. La censive	129
I. Définition	129
II. Attributs du domaine direct	132
1. Le cens et le surcens	132
2. Les profits censuels	134
3. La reconnaissance et la saisie censuelles	134
4. Le retrait censuel	136
5. Le droit de chasse	137
III. Attributs du domaine utile	138
B. Le champart	139
CHAPITRE IV. — Les tenures à long terme non féodales	142
CHAPITRE V. — La rente foncière	147
CHAPITRE VI. — Matières diverses	155
CHAPITRE VII. — Doctrine générale de Pothier sur la propriété et la possession	165
A. Des personnes et des choses	165
1. Des personnes	165
2. Des choses	167
B. Du droit de domaine de propriété	168
1. Ce que c'est que le droit de domaine de propriété, et en quoi il consiste	169
2. Comment s'acquiert le domaine de propriété, et comment il se perd	174
3. Actions	175

C. De la possession	179
D. De la prescription qui résulte de la possession	182
E. De l'hypothèque	186
CONCLUSION : Sur la doctrine de Pothier et l'enseignement qu'on en peut tirer	189
A. Conclusion de l'examen de la doctrine de Pothier	189
B. Enseignement qu'on en peut tirer	200
AUTEURS CONSULTÉS	215

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)

250-201

